المحيط البرهاني

في

الفقه النعماني

فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه

تأليف

الإمام العلامة برهان الدين أبي المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز
ابن مازة البخاري الحنفي
المتوفى ٦١٦ هـ

تحقيق

عبد الكريم سامي الجندي

الجزء الرابع

يحتوي على الكتب التالية :

العتاق - المكاتب - الأيمان والنذور - الحدود - السرقة

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

منشورات محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

الطبعة الأولى
٢٠٠٤م - ١٤٢٤هـ

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢/١٣ (٥ ٩٦١+)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
B.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-4038-8
9782745140388 90000

http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب العتاق

هذا الكتاب يشتمل على أحد عشر فصلاً:

١ - في الألفاظ التي يقع بها العتق.

٢ - في الألفاظ التي لا يقع بها العتق.

٣ - في تعليق العتق وإضافته وما هو بمعناهما.

٤ - في العتق المبهم.

٥ - في إعتاق بعض الرقيق.

٦ - في عتق ما في البطن.

٧ - في الخصومات في الرق والحرية والشهادة على ذلك.

٨ - في تفويض العتق إلى غيره.

٩ - في التدبير.

١٠ - في أمهات الأولاد.

١١ - في المتفرقات.

الفصل الأول
في الألفاظ التي يقع بها العتق

نوعان: صريح وكناية، فالصريح لفظ العتق والحرية، وهما لغتان أي لفظان. . .[(١)]: لا يعتبر فيهما النية؛ لأن النية إنما تعتبر فيما إذا كان مراد المتكلم مشتبهاً والاشتباه في . . .[(١)] فإن استعمال اللفظ لما وضع أصل ويثبت العتق بهذين اللفظين سواء ذكرهما على سبيل الصفة نحو قوله: أنت حر أنت عتيق أو على سبيل وحررتك الإخبار نحو قوله: أعتقتك وحررتك أو على سبيل الصفة نحو قوله: أنت حر أنت عتيق أو على سبيل النداء. نحو قوله: يا حر يا عتيق أو على الإشارة نحو قوله: هذا حر وهذا عتيق.

قال محمد رحمه الله: في «الأصل»: وإذا قال لعبده: أنت حر لوجه الله تعالى عتق قال مشايخنا رحمهم الله: ذكر وجه الله ليس على سبيل الشرط بدليل أن محمداً رحمه الله ذكر في «الكتاب»: إذا قال لعبده: أنت حر لوجه الشيطان إنه يعتقد.

والأصل فيه قول عمر رضي الله عنه من تكلم بطلاق أو عتاق فهو جائز عليه من غير فصل لكن ذكر وجه الله لبيان أُنه قصد بالعتق القربة.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: أن من أشهد أن اسم عبده حر ثم ناداه يا حر لا يعتق ولو دعاه بالفارسية يا اداد يعتق لأن في الوجه الأول دعاهُ باسمه، وفي الوجه الثاني دعاه بغير اسمه وعلى هذا لو سماه اداد ثم دعاه باداد لا يعتق ولو سماه يا حر يعتق.

وذكر في بعض نسخ «الأصل» إذا قال له: يا عتق يعتق نوى أو لم ينو، لأن العتق مصدر والمصدر يقوم مقام الاسم: ولو قال لعبده: يا حر أو قال لأمتهِ يا حرة وقال: أردت به اللعب يعتق ديانة وقضاء؛ لأن الجد واللعب في العتق على السواء.

ولو قال: أردت به الكذب لا يتعلق ديانة لأن الكذب لا يتعلق به حكم إلا أن القاضي لا يصدقه في دعوى الكذب، لأنه دعوى أمر بخلاف الظاهر لأن الظاهر في الخبر الصادر عن عقل ودين أن يكون صدقاً أما الله تعالى مطلع على الضمائر والظواهر جميعاً. والخبر في نفسه محتمل للصدق والكذب ويصدق ديانة لهذا إلا أن احتمال الكذب إنما يتأتى في الإخبار لا في إيجاب ولا يصدق في دعوى الكذب في الإيجاب.

ولو جرى لفظة التحرير على لسانه خطأ بأن أراد أن يقول لعبده: اسقني! فقال له: أنت حر أو جرىٰ لفظة أنت طالق على لسانه خطأ بأن أراد أن يقول لها: افعلي كذا فقال

---

(١) بياض بالأصل.

لها: أنت طالق فالطلاق وقع باتفاق الروايات، وفي العتاق روي عن أبي حنيفة: لا يقع.

وفي «المنتقى»: ابن سماعة في رجل جالس مع قوم وأمته كانت قائمة بين يديه فسألها رجل أمة أنت أو حرة فأراد المولى أن يقول ما سؤالك عنها أنها أمة أو حرة فعجل في القول وقال: هي حرة إنه يعتق في القضاء ولا يعتق فيما بينه وبين الله تعالى.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: إذا بعث الرجل غلامه إلى بلدة وقال له: إذا استقبلك رجل فقل: إني حر فذهب الحر فاستقبله رجل فسأله فأجاب بما قال المولى فإن كان قال له المولى: سميتك حراً فقل إني حر لا يعتق أصلاً، لأن قوله بأمر المولى إني حر كقول المولى هو حر والمولى لو قال بغلامه بعدما سماه حراً هذا حر لا يعتق وإن لم يقل المولى سميتك حراً يعتق قضاء لا ديانة. كما لو قال المولى: هو حر وأراد به الكذب دون التحقيق وعلى هذا إذا قال لجماعة تذهبون مع غلامه إذا استقبلكم أحد فقال لو قال آرادست.

وفي «المنتقى»: إذا قال لعبده: إذا مررت على التي أشر فسألك فقل: أنا حر فهو عليه فسأله فقال: أنا حر عتق ولا يعتق قبل ذلك ألا ترى لو قال لعبده ابتداء قل أنا حر عتق ولا يعتق ما لم يقل أنا حر وإذا قال ذلك يعتق كذا هٰهنا.

وفي «واقعات الناطقي» إذا قيل: عبيد أهل بلخ أحرار وهو من أهل بلخ ولم ينو عبده أو قال كل عبد أهل بغداد أحرار وقال كل عبد أهل بلخ أحرار ولم ينو عبده قال أبو يوسف: لا يعتق عبده.

وكذلك إذا قال: كل مملوك ببغداد حر لا يعتق عبده وإن كان عبده ببغداد إلا أن ينويه عند أبي يوسف قال: لأن هذا أمر عام وبقوله أخذ عصام بن يوسف.

وذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله: أنه يعتق عبده في هذه الصور كلها وبقوله أحد شداد ببغداد هذا بخلاف الطلاق(١).

وعلى هذا الخلاف إذا قال كل عبد في هذا المسجد يعني المسجد الجامع يوم الجمعة فهو حر وعبده في المسجد إلا أنه لم ينو عبده أو قال كل امرأة في هذا [٣٢٠ب/١]. المسجد يعني المسجد الجامع يوم الجمعة طالق وامرأتهُ في المسجد الجامع إلا أن ينويها.

ولو قال: كل عبد في هذه السكة حر أو قال: كل عبد في هذه الدار حر وعبده في الدار والسكة عتق وإن لم ينو بلا خلاف.

ولو قال: ولد آدم كلهم أحرار لا يعتق عبده إلا بالبينة بالاتفاق.

وفي «نوادر ابن سماعة»: عن محمد رحمه الله أيضاً: إذا قال: كل عبد يدخل هذه الدار فهو حر أو قال كل عبد يملكني بشيء فهو حر فدخل الدار عبد له أو كلمه عبد له عتق.

---

(١) كذا العبارة بالأصل، وفيها تخليط واضح.

وكذلك إذا قال: كل عبد في الأرض حر عتق عبده ولم يرو عن أبي يوسف في هذين الفصلين شيء.

وفي «نوادر ابن سماعة»: عن محمد رحمه الله أيضاً: رجل قال: قد أعتق كل رجل عبده ثم اشترى عبداً لم أعتق العبد الذي اشتراه منه بهذا القول منه لأني أعلم أنه قيمة كاذب قال: وأما المسائل المتقدمة فيمن أوقع بها العتق فأوقع بها ما أوقعه منه على عبده.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: إذا قال لعبده: أنت حر أو قال لأمته: أنت حرة عتق ولو قال لرجل يا زانية لا يحد.

وفي «الأصل»: إذا قال لعبده: أنت حر من عمل كذا أو قال: أنت حر اليوم من هذا العمل عتق في القضاء؛ لأنه وصفهُ بالحرية وتخصيصه وقتاً أو عملاً لا يعتبر حكم ما وصفه به فأما فيما بينه وبين الله تعالى إن كان لم يرد به العتق فهو عبده؛ لأنه يحتمل أن يكون مراده لا أكلفك اليوم هذا العمل والله تعالى مطلع على ما في ضميره كنه خلاف الظاهر فإنه جعل الحرية صفة له في الظاهر فلا يصدقه القاضي.

وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف: إذا قال لأمتِهِ: أنت حرة من هذا العمل يعني به قد أعتقتك منه فهي حرة في القضاء. قال: ولا يشبهه قوله لامرأته: أنت طالق من وثاق.

وفي «المنتقى»: عن أبي يوسف رحمه الله: رجل قال: لأمتِهِ فرجك حر عن الجماع قال: تعتق في القضاء.

وفي «المنتقى» أيضاً: رجل له عبد فدخل له دمه بالقصاص فقال له: قد أعتقتك ثم قال: عنيت العتق عن الدم، فإنه في القضاء على الرق ويلزمه العفو بإقراره أنه عناه ولو لم يقل عنيت العتق عن القتل لم يلزمه العفو.

ألا ترى أنه لو قال: عنيت العتق عن الرق كان له أن يقتله لأن وجه الكلام على ذلك كذا ههنا ولو اعتقه لوجه الله عن القصاص بالدم كان كما قال.

ولو كان له على رجل قصاص فقال قد أعتقتك فهو عفو استحساناً. ولو قال له أعتقتك من القصاص أو من القتل فهو عفو قياساً واستحساناً.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله سئل أبو بكر الإسكاف رحمه الله: عن رجل قال لعبده نواراد توارمني قال: لا يعتق لأنه يراد به التشبيه ألا ترى أنه لو قال لآخر أنت أزنى الناس لا يكون قاذفاً قال الفقيه أبو الليث رحمه الله هذا إذا لم ينو العتق. فأما إذا نوى العتق يعتق؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظهُ.

ألا ترى أنه لو قال لامرأته: أنت أطلق من فلانة وفلانة مطلقة ونوى الطلاق تطلق كذا هٰهنا، وقيل: يجب أن يعتق بدون النية.

وفي «المنتقى»: إذا قال لعبده: أنت أعتق من فلان يعني به عبداً آخر له وعنى به أنت أقدم في ملكي دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين في القضاء ويعتق.

ولو قال: أنت أعتق من هذا في ملكي أو قال: في السر لم يعتق أصلاً، وكذلك إذا قال

له: أنت عتيق السن، ولو قال له: أنت حر النفس يعني في أخلاقك وأفعالك لم يعتق أصلاً.

وفيه أيضاً: إذا قال الرجل لغيره قل: لغلامي إنك حر أو قال: قل له إنه حر عتق في القضاء ساعة تكلم.

ولو قال له: أنت حر لم يعتق حتى يقول له أنت حر، وهذا على الوكالة كأنه وكله بعتقهُ.

هشام قال: سمعت أبا يوسف قال: في رجل قال لثوب خاطه مملوكة هذه خياطة حر بالإضافة أو قال له: إنه مملوكة هذه وإنه حر قال: لا يعتق في شيء من هذه أو قال في رجل قال لمملوكه أنت مولى فلان أو أنت عتيق فلان فهو حر، ولو قال أعتقتك فلان فليس بشيء.

والفرق: أن في الفصل الأول أخبر عن عتقه ولا يتحقق العتق فيه إلا بإعتاقهِ إياه فيصير مقراً بإعتاقهِ إياهِ وإقرارهُ حجة عليه.

وفي الفصل الثاني: أخبر عن إعتاق فلان وقد يتحقق إعتاق فلان من غير إعتاقه فلا يصير مقراً بإعتاقه والله أعلم بالصواب.

الفصل الثاني
في الألفاظ التي لا يقع بها العتق

في «المنتقى»: إذا قال لأمته أنت مثل هذه وأشار إلى امرأة حرة لم يعتق إلا أن يقول أردت أنها حرة مثل هذه.

وكذا إذا قال لامرأة حرة أنت مثل هذه الأمة وأشار إلى أمته لا تعتق أمته إلا أن ههنا لو أراد التشبيه في الحرية لا تعتق أمته بخلاف الفصلين المتقدمين.

وفيه أيضاً: إذا قال: كل مال لي حر وله رقيق لا يعتق واحد منهم لأن محل الرقيق لا مطلق المال فهذا الكلام لم يلاق محله فلا يصح، وفيه إذا قال لعبده نسبك حر أو قال أصلك حر فإن كان يعلم أنه سبي لم يعتق وإن كان لا يعلم أنه فهو حر؛ لأن في الوجه الأول ما أقر بحريته لا نصاً ولا ضرورة الإقرار بحرية إذ ليس من ضرورة حرية الأصل المسبي حريته فالكفار كلهم أحرار قبل الظهور عليهم ويثبت حكم الرق في أولادهم بالاستيلاء على الأولاد وهو معنى قولنا: إنه ما أقرَّ بحريته وفي الفصل الثاني صار مقراً بحريته ضرورة الإقرار بحرية أصله فإن من ضرورة حرية أصل غير المسبي حريتهُ والثابت ضرورة والثابت صريحاً سواء.

أو نقول في الوجه الأول هو صادق في مقالته لأن المسمى نسبه حر وأصله حر فلا ضرورة إلى الحكم بحرية الولد أما غير المسمى لا يكون نسبه حراً إلا أن يكون هو حر لأن حرية الأبوين تقتضي حرية الولد إلا أن يجري السبي على الولد فإذا لم يجر تثبت هذه اللفظة موجبة حرية الولد.

ولو قال له: أبواك حران لم يعتق على كل حال؛ لأنه يجوز أن يكون الأبوان حرينن ويكون رقيقهُ بأن عتق أبواه بعد ولادتهِ إذا قال لعبدهِ عتقك عليّ واجب لا يعتق بخلاف ما لو قال طلاقك علي واجب [٣٢١أ/ ١].

هكذا ذكر في «الفتاوى للفضلي»: والفرق: أن العتق قد يجب في الجملة فلم يقتضِ هذا اللفظ وقوع العتق بخلاف الطلاق لأن الطلاق لا يجب بحال وإنما يجب حكمهُ بعد وقوعه فاقتضى هذا وقوع الطلاق.

وقد ذكر القدوري في «شرحه» في مسألة الطلاق عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بخلاف ما ذكر ههنا، وقد ذكرنا ذلك في كتاب الطلاق.

وإذا قال لعبده رأسك حر أو قال بدنُكَ حر فالكلام في العتق نظير الكلام في الطلاق ففي كل ما يقع به الطلاق بالإضافة إليه لا يقع العتق بالإضافة إليه قد مر فصل الطلاق في كتاب الطلاق، وعن أبي يوسف رحمه الله فيمن قال لغلامه: ركبك حر إنه يعتق كما لو قال فرجك حر.

إذا قال لعبده: رأسك رأس حر، أو قال بدنك بدن حر قال: لا يعتق بالإضافة عنده؛ لأن معناهُ مثل رأس حر، مثل بدن حر، وإنه تشبيه والتشبيه لا يقتضي المساواة من كل وجه. ولو قال: رأسك رأس حر بدنك بدن حر عتق، لأن هذه صفة وليس بتشبيه، ولو قال: ما أنت إلا مثل الحر لا يعتق لأن هذا تأكيد في التشبيه والتشبيه لا يوجب العتق. ولو قال ما أنت إلا حر عتق لأن كلامه اشتمل على النفي والإثبات وهذا أكذ ما يكون في الإثبات فكان هذا وقوله: أنت حر سواء، ولو أن عبداً قال لمولاه: إرادي من يبداكن فقال المولى: إرادي يو كردم لا يعتق العبد؛ لأنه يحتمل أنه أظهر بالتعليق لا بالتنجيز.

رجل قال لعبده انت. . .(١) مملوك فهذا الا يكون عتقاً منه ولكن ليس له أن يدعيه وإن مات لا يرثه بالولاء وإن قال المملوك بعد ذلك إني مملوك له فصدقه كان مملوكاً رواه إبراهيم عن محمد رحمه الله.

وفي «الفتاوى» عبد أخذ منديل مولاه ووصفهُ بحسنه فقال المولى: بارخداي مرادساد من مي باين بارندحود بير لا يغير العبد بهذا اللفظ لأن معناه أين يدرك مرا وبهذا لا يثبت العتق، لأنه استهزاء. إذا قال لعبده باسدا، وقال: باسدين أو قال لأمته باسده أو قال لها: يا سيدف أو قال له: بالواد مردا أو قال: بامرادمرد من أو قال لها: يا ازادون أو قال: يا ارادرن من أو قال لها: يا كدبا نواياكد ترى من، فإن نوى العتق في هذه المسائل يثبت العتق بلا خلاف وإن لم ينو العتق اختلف المشايخ فيه.

واختيار الفقيه أبي الليث أنه لا يعتق لأنه يراد ببعض هذه الألفاظ اللفظ وببعضها الإنشائية وليس فيه ذكر ما يختص بإعتاقه إياه ولو قال لغلامه: يا ازاد مرد بدون حرف

---

(١) بياض بالأصل.

الألف لا يعتق وإن نوى العتق هكذا حكي عن الفقيه أبي بكر ولو قال لغلامه: أنت مولاي أو قال له: يا مولاي اختلف المشايخ فيه وذكر الكرخي أنه يعتق ولا يحتاج فيه إلى النية.

وقال هشام: سألت محمداً رحمه الله عمن قال لغلامه: يا مولاي أو قال لأمته: يا مولاتي قال: يعتق. قلت: وإن قال: يا سيدي يا سيدتي قال: لا يعتق وهذا ليس بشيء.

وقال إبراهيم بن رستم سمعت محمداً رحمه الله يقول: لا يعتق في النداء إلا في خصلتين يا حر ويا حرة يا مولاي ويا مولاتي قال: وهو قول أبي حنيفة رحمه الله وهذا لأن لفظ المولى وإن كان لفظاً مشتركاً فإنه يذكر بمعنى الناصر قال الله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّ ٱللَّهَ مَوْلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟﴾ [محمد: ١١] ويذكر بمعنى ابن العم قال الله تعالى: ﴿وَإِنِّى خِفْتُ ٱلْمَوَٰلِىَ مِن وَرَآءِى﴾ [مريم: ٥] ويذكر بمعنى المولى الأعلى ويذكر بمعنى المولى الأسفل إلا أنه يعتق مولى الأسفل ههنا لأن المولي لا يستنصر بعبده عادة وليست العبد معروف ما ينفي معنى الناصر، ومعنى ابن العم وكذلك المولى الأعلى منتف وإنه ظاهر فتعين معنى مولى الأسفل وإنما لا يحتاج إلى النية لأن اللفظة المشترك إذا تعين فيه بعض وجوهه كان الحكم في ذلك الوجه ثابتاً بطريق الحقيقة فلا يحتاج فيه إلى النية.

إذا قال اين كوجه من است ذلك قال: لغلامه أو لأمته يعتق هل يعتق فيه اختلاف المشايخ واختيار الصدر الشهيد الكبير برهان الأئمة رحمه الله أنه لا يعتق لأنه لا يراد به التحقيق. ألا ترى أنه يقال في العرق ابن كو مكان امن ديدايد ولا يراد به التحقيق وإذا قال لغلامه: أي جاف بدر لا يعتق في باب بنيته. . .[1] وإذا قال لغلامه بالفارسية: تاتو بسنده من بودي بعد ابستواند ربودم واكنوكي ينستي بعداب توازرم فقد قيل: إنه يعتق في القضاء لأنه أقرب بالعتق.

وقيل: لا يعتق بدون النية عند أبي حنيفة رحمه الله كما في قوله لامرأته: لست لي بامرأة وأشباه ذلك وهذا لأنهُ ليس من ضرورة أن لا يكون عبده أن يكون حراً لجواز أن يكون عبد غيره وسيأتي بعد هذا ما يؤكد هذا القول. قال: لجارية: وجهك أضوأ من الشمس. .[1] عندك لم تعتق لأن هذا للطف لا للتحقيق رجل قال لعبدهُ: وهبت لك نفسك، بعت منك نفسك عتق قبل أو لم يقبل نوى أو لم ينوِ.

وكذلك إذا قال له وهبت لك رقبتك فقال: لا أريد عتقاً وذكر مسألة هبة الرقبة في موضع آخر وقال يعتق والأول أصح لأن الهبة والبيع يقتضيان زوال الملك إلا أنه أوجبه لا . . . . .[1] يكون من. . . .[1] الملك إليه فيشترط قبوله.

وإذا أوجبه العبد يكون مزيلاً للملك بطريق الإسقاط فلا يشترط القبول وإذا قال لعبده لا سبيل لي عليك فإن نوى العتق يعتق وإن لم ينو لا يعتق؛ لأن هذا اللفظ يحتمل وجوهاً شتى: يحتمل لا سبيل لي عليك عقوبة ولوماً لأنك وفيت بما أمرتك به ويحتمل لا

---

(١) بياض بالأصل.

سبيل لي عليك لأني بعتك ويحتمل لأني أعتقتك.

وكذلك إذا قال: لا ملك لي عليك لا يعتق ما لم ينو، لأنه يحتمل وجهاً آخر سوى العتق، يحتمل لا ملك لي عليك لأني بعتك؛ لأني وهبتك.

وكذلك إذا قال: خرجت عن ملكي، خليت سبيلك لا يعتق ما لم ينوِ؛ لأنه يحتمل وجهاً آخر سوى هذا وهذه المسائل تؤكد القول الثاني في المسألة الثانية التي تقدم ذكرها. وروي عن محمد رحمه الله أنه إذا قال له: لا سبيل لي عليك إلا سبيل الولاء فهو حر في القضاء ولا يصدق أنه لم يرده لأنه لما استثنى سبيل الولاء فقد عين في نفي السبيل جهة الحرية، ولا ولاء إلا بعد الحرية [٣٢١ب/ ١].

ولو قال إلا سبيل الموالاة دين في القضاء لأن الطلاق الموالاة ينصرف إلى الموالاة في الدين، وإن جاز أن يعبر بها عن ولاء العتق، ولو قال له اذهب حيث شئت توجه أينما شئت في بلاد الله لا يعتق وإن نوى؛ لأن هذا يستدعي زوال يد المولى عنه وزوال يد المولى عن العبد لا يوجب العتق.

ولو قال له لا سلطان لي عليك فنوى به العتق لا يعتق، بخلاف ما إذا قال لا سبيل لي عليك ونوى به العتق، والفرق: أن السبيل في اللغة عبارة عن الطريق المسلوك؛ لأن العمل بحقيقته غير ممكن إذا أضيف إلى العبد؛ لأن العبد ليس بطريق المسلوك، فيجعل كناية عن الملك؛ لأن الملك في العبد لمعنى الطريق، لأن الطريق ما يتوصل به إلى غيره والملك في العبد مما يتوصل به في التصرفات شرعاً، فكأنه قال لا ملك لي عليك. ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به بالعتق يعتق، كذا ههنا، فأما السلطان في اللغة: يذكر ويراد به الحجة، ويذكر ويراد به الاستيلاء واليد، فكأنه قال لا حجة لي عليك لا يد لي عليك، ولو نص على هذا لا يعتق وإن نوى، كذا ههنا.

فرق بين قول لا ملك لي عليك من كنايات العتق، ولم يجعل قوله لا يد لي لا حجة لي عليك من كنايات العتق، والفرق أن قوله لا يد لي عليك يتعرض لنفي اليد، لا لنفي الملك واليد تنتفي من غير انتفاء الملك كما في الإجارة والكناية، ولو جعل كناية عن العتق وفيه إزالة اليد والملك يؤدي إلى أن يثبت باللفظ أكثر مما وضع له اللفظ وإنه يجوز، وكذا قوله: لا حجة لي، يتعرض لنفي الحجة لا لنفي الملك، والتقريب ما مر.

قوله لا ملك لي عليك يتعرض لنفي الملك مطلقاً الرقبة واليد فيه سواء، ولو جعل كناية عن العتق، وفيه إزالة ملك الرقبة واليد، لا يؤدي إلى أن يثبت باللفظ أكثر مما وضع له اللفظة، فلهذا افترقا.

وإذا قال لأمته أنتِ طالق، أو ذكر شيئاً من كنايات الطلاق، نحو قوله: بنت مني أو حرمتك أو أنت خلية، أو ما أشبه ذلك وهو ينوي العتق لا يعتق في جميع ذلك عندنا، وعند أبي يوسف إذا قال لأمته اللفظ ونوى العتق عتقت؛ لأن الإطلاق يقتضي زوال اليد فهو بمنزلة قوله خليت سبيلك، ولو قال فرجك علي حرام يريد به العتق، لا يعتق لأنه جزء من المنفعة على نفسه، وتحريم المنفعة بجامع الرق، ألا ترى لو اشترى أخته من

الرضاعة، أو اشترى جارية وطىء أمها صح وإن كانت المتعة حراماً عليه.

وعن أبي يوسف رحمه الله فيمن قال لأمته: ألف نون تاء حاء راء أو قال لامرأته ألف نون تاء طاء ألف لام قاف إنه إن نوى الطلاق والعتاق تطلق المرأة، وتعتق الأمة، هذا بمنزلة الكناية؛ لأن هذه الحروف يفهم منها ما عدا المفهوم من صريح الكلام، إلا أنها لا تستعمل لذلك، فصار كالكناية في حق الافتقار إلى النية.

وإذا قال لعبده: هذا ابني ومثله يولد لمثله عتق العبد، سواء كان معروف النسب أو كان مجهول النسب وإن كان مثله لا يولد لمثله عتق العبد عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافاً لهما، فاحتج محمّد رحمه الله على أبي حنيفة رحمه الله، فقال: ألا ترى أنه لو قال لغلامه هذه ابنتي أو قال لجاريته هذا ابني، فإنه لا يعتق، من مشايخنا رحمهم الله من قال: هذه المسألة على الخلاف أيضاً ومحمّد رحمه الله كثيراً ما يستشهد بالمختلف على المختلف، ويكون غرضه نقل الكلام إلى ما هو أوضح. ومنهم من قال لا بل تلك المسألة على الوفاق وهو الأظهر.

وإذا قال لعبده يا أبي ذكر في «النوادر» أنه يعتق وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يعتق، وهو الصحيح. فعلى ما ذكر في «النوادر» لا يحتاج إلى الفرق، والفرق وهو أن النداء لاستحضار المنادى وذلك بذكر ما هو وصف تعضية الأصل حتى يعلم أنه هو المقصود بالنداء، فإذا ناداه بوصف يملك إيجابه فيه كما في قوله يا حرّ يجعل ذلك بمنزلة الإيجاب، ليكون النداء بما هو وصف له، وإذا ناداه بوصف لا يملك إيجابه فيه كما في قوله: يا أبي لا يمكن أن يجعل ذلك بمنزلة الإيجاب ليكون النداء بما وصف له، فيكون الاستحضار لصورة اللفظ ووقوع العتق بقوله ابني باعتبار معنى هذا اللفظ، وهو البنوة لا باعتبار الصورة فلهذا لا يقع الإعتاق، ولو قال لغلامه يا أخي يا عمي أو قال لأمته يا أختي يا عمتي يا خالتي لا يعتق وهو بناء على ما قلنا.

ولو قال لغلامه: هذا عمي ذكر في بعض النسخ أنه لا يعتق ومن مشايخنا من قال: يعتق هكذا ذكر شيخ الإسلام في «شرحه» وفي «مجموع النوازل» لو قال لغلامه هذا عمي، وقال هذا خالي أو قال لأمته هذه عمتي هذه خالتي يعتق. ولو قال هذا أخي، أو قال هذه أختي، لا يعتق لأن الأخ اسم مشترك، يذكر ويراد به الأخ من حيث الدين، ويذكر ويراد به الأخ من حيث القبيلة، ويذكر ويراد به الأخ من حيث النسب، والمشترك لا يكون حجة بدون البيان حتى لو قال هذا أخي لأبي، أو قال لأمي يعتق عليه ولا كذلك اسم العم، واسم الخال، وروى الحسن عن أبي حنيفة في قوله هذا أخي، هذه أختي أنه يعتق.

وفي «فتاوىٰ أبي الليث» رحمه الله: إن قال لغلامه هذا ولدي الأكبر عتق في القضاء؛ لأنه أقر بالبنوة والإقرار بالعتق، ولا يعتق ديانة؛ لأن هذه الكلمة تستعمل للعتاق والتشبيه.

عبد في يدي رجل قيل له أهذا ابنك، فأشار برأسه أي نعم ثبت النسب منه،

والفرق: هو أن العتق يتعلق ثبوته بالعبارة، والإشارة لا تقوم مقام العبارة عند القدرة عليها، أما النسب لا يتعلق ثبوته بالعبارة ألا ترى أن الولد المولود على الفراش ثابت النسب من صاحب الفراش، وإن لم يصرح به، فجاز أن يثبت بالإشارة إذا قال لعبده أنت لله، لم يعتق في قول أبي حنيفة رحمه الله وإن نوى؛ لأنه وصفه بوصف هو ثابت قبل وصفه فإن جميع الأشياء لله تعالى، والعتق لا يثبت إلا ثابتاً من وصف لا يوصف به المملوك قبل العتق، وقال أبو يوسف يقع العتق إذا نوى؛ لأن العتق يقع لله تعالى غالباً، فإذا نوى العتق بهذا اللفظ فكأنه قال أنت حرٌّ لله تعالى، وهكذا روي عن محمّد رحمه الله وقال هشام سألت أبا يوسف عن رجل قال في صحته أو مرضه جعلتك لله تعالى، قال إن نوى العتق عتق، وإن لم [٣٢٢أ/ ١] ينوِ العتق أو مات ولم يبين لم يعتق لأنه يحتمل أنه أراد به النذر، ويحتمل أنه أراد به العتق فلا يتعين لأحدهما إلا بالنيّة وإذا مات لم يلزموا الورثة بشيء؛ لأن النذر يسقط بالموت، ولو قال له أنت عبد الله لا يعتق بالإجماع.

وفي «العيون»: إذا قال لأمته الحامل أنت حرة وقد خرج منها بعض الولد، إن كان الخارج أقل يعتق، وإن كان الخارج أكثر لا يعتق؛ لأن للأكثر حكم الكل لا لما دونه، وذكر هشام والمعلى عن أبي يوسف فيمن قال لأمته الحبلى وقد خرج نصف بدن الولد أنت حرة، إن كان الخارج النصف سوى الرأس، فهو مملوك فإن كان النصف من جانب الرأس ومعناه أن يكون الخارج من البدن مع الرأس بصفاته الولد حر، والله أعلم بالصواب.

الفصل الثالث
في تعليق العتق وإضافته وما هو بمعناهما

ذكر في «المنتقى» إذا قال لمملوكه إن ملكتك فأنت حر، عتق حين سكت، والملك الحادث بعد اليمين ملك، وهذا. . . .[(١)] صححت وهي صحيحة.

في «مجموع النوازل» إذا قال لعبده إذا سقيت الحمار فأنت حر، فذهب العبد بالحمار إلى الماء ولم يشرب الماء عتق العبد لأنه قد سقاه.

في «المنتقى» رجل قال إن اشتريت عبد فلان، فقد صار حراً، أو قال فقد جرى فيه العتق فاشتراه عتق، ولو قال إن اشتريت عبد فلان عتق، أو قال جرى فيه عتق فاشترى لا عتق روى خالد بن صبح عن أبي يوسف في رجل قال: كلما دخلت هذه الدار، فعبدي حر، وله عبيد فدخلها أربع مرات وجب عليه بكل دخلة عتق يوقعه على أيّهم شاء واحداً بعد واحد.

إبراهيم بن رستم عن محمّد رحمه الله: رجل قال لعبده أنت حر على أن تدخل

---

(١) بياض بالأصل.

الدار فهو حر دخل أو لم يدخل، وعنه أيضاً: إذا قال لعبده أنت حر على أنه إن بدا لي رددتك جاز العتق وبطل الشرط، وقال إذا كان شرطه في شيء يجب عليه، أي على العبد فلا شيء عليه ولا تثبت الحرية ما لم يقبل. وإذا كان الشرط في شيء لا يجب عليه، فهو حر قبل أو لم يقبل.

إذا قال لعبده إن شتمتك فأنت حر ثم قال لا بارك الله فيه، لا يعتق؛ لأن هذا ليس بشتم بل دعاء عليه.

رجل قال لمكاتبه إن أنت عبدي، فأنت حر لا يعتق؛ لأن في كونه عبداً له قصور، وهو نظير ما لو قال لمطلقته طلاقاً بائناً: إن أنت امرأتي فأنتِ طالق لا تطلق لأن في كونها امرأة له قصور.

رجل قال لعبد على رجل إن وهبك مولاك مني فأنت حر، فوهبه منه فهذا على وجهين: أما إن كان العبد في يد الواهب وفي هذا الوجه لا يعتق العبد قبل أو لم يقبل سُلِّم إليه، أو لم يُسلَّم؛ لأنه انحلت اليمين بنفس الهبة ولا ملك، وأما إن كان العبد وديعة في يد الموهوب له، وهو الحالف، فإنه على وجهين: إن بدأ الواهب، فقال: وهبته منك لا يعتق قبل الموهوب له أو لم يقبل؛ لأن اليمين انحلت بنفس الإيجاب، ولا ملك وإن بدأ الموهوب له وهو الحالف، فقال: هبه مني فقال صاحب العبد وهبته منك عتق العبد؛ لأن القبول لما سبق والعبد معتق منه يثبت الملك كما وهبه منه، فتنحل اليمين بالهبة والملك ثابت، فهذا عتق ذكره الصدر الشهيد رحمه الله في باب العتق.

وفي «النوازل» إذا قال الرجل كل عبد أشتريه فهو حر، فاشترى عبداً شراءً فاسداً ثم اشتراه ثانياً شراءً صحيحاً لا يعتق؛ لأن اليمين انحلت بالشراء الفاسد، لأن الشراء الفاسد شراء حقيقة لكن لم يعتق العبد لانعدام الملك، لانعدام شرطه وهو القبض فلا تنحل بالشراء الصحيح، وهذا بخلاف ما لو قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فتزوج امرأة نكاحاً فاسداً، ثم تزوجها ثانياً نكاحاً صحيحاً تطلق؛ لأن هناك باليمين لا تنحل بالنكاح الفاسد؛ لأن النكاح الفاسد ليس بنكاح على الحقيقة وإذا لم تنحل اليمين بالنكاح الفاسد تنحل بالنكاح الصحيح، فلهذا افترقا.

وفي «الروايات» عبد بين رجلين قال أحدهما للعبد: أنت حر على ألف درهم، فقبل العبد ذلك، عتق نصيبه لا غير عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا يلزمه إلّا خمسمائة؛ لأن الألف مقابل بجميع الرقبة، ولم يعتق من جهته إلا نصف الرقبة ويرجع الشريك الآخر على المعتق بنصف ما قبض من العبد؛ لأنه كسب شخص نصفه مملوك للساكت، ثم يرجع المعتق على العبد بنصف ما أخذ منه لأن المأخوذ من العبد نصف الرقبة، وقد سلم للعبد نصف الرقبة ولم يسلم للمولى إلا نصف البدل، فرجع عليه بالنصف الآخر، ولو كان قال: نصيبي منك حر على ألف درهم، فقبل العبد ذلك عتق نصفه لا غير عند أبي حنيفة رحمه الله وكان على العبد ألف درهم ههنا للمعتق، بخلاف الفصل الأول.

والفرق في هذا الفصل الألف تجزيه نصيبه وقد سلم له ذلك، فيلزمه كل الألف،

ولا كذلك في الفصل الأول، ويرجع الساكت على المعتق بنصف ما قبض من العبد، ثم المعتق يرجع بذلك على العبد لما مر.

وهذا كله قول أبي حنيفة رحمه الله، وأما قول أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله إذا أعتقه أحدهما، أو أعتق نصيبه عتق الكل؛ لأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ، فكان على العبد ألف درهم في الوجهين؛ لأن الألف مقابل بجميع الرقبة وقد سلم للعبد جميع الرقبة من جهته، ويرجع الساكت على المعتق بنصف ما أخذ من العبد، ثم المعتق يرجع بذلك على العبد، هكذا وقع في بعض النسخ، ووقع في بعض النسخ: ولا يرجع الساكت على المعتق بما أخذ من العبد، قالوا: تأويل ما ذكرنا أن الساكت يرجع على المعتق بأن يكون المؤدى كسب الرق، فيكون كسب عبد مشترك، وتأويل ما ذكرنا أن الساكت لا يرجع أن المؤدى كسب ما بعد الإعتاق، وعندهما الإعتاق لا يتجزأ وكان هذا كسب حر عندهما.

وفي أبواب البيوع من «الزيادات» إذا قال لعبده: أنت حر بألف درهم، أو قال على ألف درهم، فقال العبد: قبلت العتق في نصفي لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا يعتق، ولا يلزمه شيء وعندهما يعتق ويلزمه الألف؛ لأن الإعتاق عندهما [٣٢٢ب/ ١] لا يتجزأ، فصار قبول العتق في النصف قبولاً في الكل.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: الإعتاق متجزىء فإن صح قبوله في النصف، يعتق نصفه بخمسمائة، ويخرج النصف الآخر إلى الحرية بالسعاية، فتقصر يد المولى عن العبد بإيجاب الدين في ذمته، وإنه مفلس والدين في ذمة المفلس. . . (١) فيتضرر به المولى، وإن قال العبد قبلت العتق في نصفي بخمسمائة فهو باطل بالإجماع، أما عند أبي حنيفة رحمه الله فظاهر وأما عندهما؛ فلأن قبول العتق في نصفه لما كان قبولاً في الكل عندها، صار كأنه قبل العتق في الكل بخمسمائة، ولو قبل العتق في الكل بخمسمائة لا يجوز ولا يعتق، لأن المولى ما وصى به كذا ههنا.

ولو قال العبد لمولاه أعتقني على ألف درهم أو قال بألف درهم، فقال المولى؛ أعتقت نصفك فعلى قولهما عتق كله وعليه الألف، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله إن كان العبد قال أعتقني من فلان بألف، فقال المولى أعتقت نصفك عتق نصفه بخمسمائة، ويجب عليه السعاية في النصف الباقي، وإن كان قال أعتقني على ألف درهم فقال المولى أعتقت نصفك عتق نصفه بغير شيء.

وفي «مجموع النوازل» رجل قال لعبده أنت حر بعد موتي إن لم تشرب الخمر، فأقام أشهراً ثم شرب الخمر قبل أن يعتق بطل عتقه، وإن رفع الأمر إلى القاضي بعد موت المولى قبل أن يشرب الخمر فأمضى فيه العتق ثم شرب الخمر بعد ذلك لم يرد إلى الرق.

ولو قال لعبده أنت حر على أن تشرب الخمر، فهو حر شرب الخمر أو لم يشرب.

وفي «المنتقى» الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله،

---

(١) بياض بالأصل.

وهو قول أبي يوسف: إذا أشكل أمر الغلام في الاحتلام فقال قد احتلمت صدق فيما له، وفيما عليه كما تصدق الجارية على الحيض، فعلى فهذا إذا قال لغلامه إذا احتلمت فأنت حر، فقال: احتلمت عتق.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمّد رحمه الله إذا قال الرجل أول غلامين أشتريهما حران، فاشترى غلاماً ثم اشترى غلامين لم يعتق واحد منهم، ولو اشترى أولاً غلاماً، ثم اشترى غلاماً وأمه عتق الغلامان أما الفصل الأول، فلأن المشترى أولاً ليس بغلامين، والغلامان ليسا بأول لأن الأول اسم لعدد سابق لم يسبقه مثله.

وأما الفصل الثاني فلأن الغلامين أول غلامين اشتراهما؛ لأنه لم يسبقهما شراء غلام وفي «الجامع» إذا قال: أول عبد أملكه فهو حر، فملك عبدين، ثم عبداً لم يعتق واحد منهم؛ لأنه وجب العتق لأول عبد يملكه والاسم لفرد سابق.

وفي العبدين إن وجد السبق لم يوجد الفردية، وفي العبد إن وجد الفردية لم يوجد السبق.

وهذا بخلاف ما لو قال أول عبدين أملكهما حران فملك عبدين عتقا؛ لأن هناك أضاف العتق إلى أول عبدين يملكهما فيعتبر الأولية في العبدين، وقد وجد، و ههنا أضاف العتق إلى أول عبد يملكه فتعتبر الأولية في العبد الواحد ولم يوجد. وكذلك إذا قال أول عبد أملكه واحداً فهو حر، فملك عبدين ثم ملك عبداً لم يعتق واحد منهم؛ لأن قوله واحداً ذكره ولا ذكره سواء لأنه لا يفيد إلا ما قاله صدر الكلام؛ لأن قوله واحداً صفة للعبد بالتفرد وقد استعدنا تفرد العبد؛ بقوله أول عبد أملكه؛ لأن الأول اسم لفرد سابق.

ولو قال أول عبد أملكه وحده فهو حر، فاشترى عبدين، ثم اشترى عبداً عتق الثالث؛ بخلاف قوله أول عبد أملكه واحداً. والفرق أن قوله وحده يقتضي الانفراد في الفعل المقرون به، ولا يقتضي الانفراد في الذات، وقوله واحد يقتضي الانفراد في الذات، ألا ترى أنه لا يستقيم أن يقال عبد وحده ويستقيم أن يقال عبد أملكه وحده.

وكذلك إذا قلت في الدار رجل وحده يفيد ذلك صفة التفرد للرجل في الفعل المقرون به، وهو الكينونة في الدار حتى لو كان في الدار صبي أو امرأة مع الرجل يكون كاذباً، وإذا قلت في الدار رجل واحد يقتضي ذلك صفة التفرد للرجل في ذاته، حتى لو كان في الدار مع الرجل صبي أو امرأة لا يكون كاذباً.

إذا ثبت هذا فنقول: قوله أملكه وحده يقتضي التفرد في الفعل المقرون به، وهو التملك فيصير مضيفاً العتق إلى أول عبد موصوف بصفة التفرد في التملك، والعبد الثالث بهذه الصفة، وصار كما لو قال أول عبد أسود عتق؛ لأنه أضاف العتق إلى أول عبد موصوف بصفة التفرد في السواد وهذا العبد بهذه الصفة.

أما قوله: أملكه واحداً يقتضي التفرد في الذات فيصير مضيفاً العتق إلى أول عبد موصوف بصفة التفرد في الذات والثالث ليس بهذه الصفة.

وفي «فتاوىٰ أبي الليث» إذا قال: إن اشتريت عبدين فهما حران، فاشترى ثلاثة أعبد

في صفقة واحدة عتق اثنان منهم والخيار إلى المولى، وكذلك إذا اشترى عبداً ثم عبدين عتق اثنان منهم والخيار إلى المولى؛ لأنه لما اشترى ثلاثة أعبد، فقد اشترى عبدين.

ولو اشترى عبداً وأعتقه، ثم اشترى عبدين عتق العبدان أيضاً، فيعتقون جملة لأن العبد الأول خرج من أن يكون مراداً بقوله فهما حران؛ لأنه أنشأ العتق، والأول بعد ما أعتقه المولى لم يبق محلاً للإنشاء، فيعتق العبدان الآخران لقوله فهما حران.

وإذا قال: آخر غلام أشتريه حر، فهذا على المنفرد الذي تأخر عن غيره في الزمان؛ فإذا اشترى غلاماً ثم غلاماً ثم مات الحالف عتق الآخر مستنداً إلى حين الشراء ويعتبر عتقه من جميع المال إذا كان الشراء في حالة الصحة، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمّد رحمهما الله يعتق مقصوراً على الحال.

وإذا قال: آخر غلام أشتريه، فاشترى غلاماً ثم اشترى آخر ثم باع الثاني ثم اشتراه ثم مات فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يعتق العبد الثاني بالشراء الأول والملك الأول، وينتقض بيعه الثاني، وقال محمّد رحمه الله يعتق في الملك الثاني بالشراء الثاني، ولا ينتقض ذلك البيع، ولو كان اشترى ثلاثة أعبدٍ واحداً بعد واحد، ثم باع الآخر منهم ثم مات الرجل فبيع الآخر ينتقض ويعتق في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال محمّد رحمه الله لا يعتق؛ لأنه إنما يقع اليمين. . .[1] فوقعت [٣٢٣أ/ ١] اليمين وليس في ملكه، ألا ترى أنه لو قال لعبده إن لم أشترِ بعدك عبداً فأنت حر، ثم باع عبده ولم يشترِ غيره حتى مات، فإنه لم يعتق.

وإذا نظر الرجل إلى عشرة أعبد وقال آخركم تزوجاً حر، فتزوج عبد ثم تزوج عبد، ثم تزوج العبد الأول امرأة أخرىٰ ذلك كله بأمر المولى، ثم مات المولى لم يعتق واحد منهم؛ لأنه بموت المولى لايتبين آخرهم تزوجاً لجواز أن يتزوج الباقون بعد موته، بخلاف قوله آخر عبد أشتريه حر؛ لأن هناك بموت الحالف يتبين الآخر؛ إذ لا يمكنه الشراء بعد موته.

ولو وقت وقتاً، فقال آخركم تزوجاً اليوم حر، فتزوج واحد منهم بأمره، ثم تزوج آخر بأمره ثم تزوج الأول بأمره، ثم غربت الشمس عتق العبد الثاني دون الذي تزوج مرتين لوقوع التيقن بصفة ثبوت صفة الآخرية للثاني دون الذي تزوج مرتين؛ لأن الذي تزوج مرتين اتصف بالأولية في النكاح الأول، ولا يتصور اتصافه بالآخرية.

ولو قال آخر تزوج يوجد من أحدكم اليوم، فالذي تزوج حر، فتزوج عبد، ثم عبد ثم تزوج الأول أخرى ثم غابت الشمس عتق الذي تزوج مرتين، بخلاف الفصل الأول وهو قوله آخركم تزوجاً.

والفرق: أن في قوله آخركم تزوجاً جعل الآخرية صفة للعتق، وهو التزوّج، فتراعى الآخرية في فعل وههنا جعل الآخرية صفة للفعل وهو التزوّج، فتراعى الآخرية في الفعل اعتباراً للتصرف على الوجه المار به في الفصلين جميعاً.

---

(١) بياض بالأصل.

وإذا قال أوسط عبد أشتريه حر، فاعلم بأن الأوسط لغة اسم بمعنى الوسط، والوسط اسم لفرد متخلل بين عددين متساويين لا يشاركه غيره في اسمه ومعناه، فبعد ذلك ينظر إن كان الذي وسط فرداً الا يتصور وجوده على هذه الهيئة إلا في الأعداد المفردة، وإن كان الذي جعله وسطاً زوجاً لا يتصور وجوده على هذه الهيئة إلا في الأعداد الزوجية.

مثال الأول: الواحد لا يتصور أن يكون وسطاً إلا في الأعداد الفرد لأن أقل ذلك أن يتقدمه واحد، ويتأخر عنهما واحد، فيصير أربعة وعلى هذا الاعتبار في جميع ذلك زاد ونقص، فإذا أوجب العتق للعبد الأوسط، فكل من يتفق أنه ليس بأوسط لا يحكم بعتقه، وكل من يتفق بكونه أوسطاً يحكم بعتقه، فإذا مات الحالف وكان الذي اشتراهم شفعاً، فليس فيهم أوسط، إن كانوا خمساً أو تسعاً مثلاً كان الأوسط الفرد المتخلل بين شفعين، وكل من دخل في النصف الأول من الحساب خرج من أن يكون أوسطاً.

قال في «الجامع»: إذا قال الرجل لعبيده أيكم حمل هذه الخشبة فهو حر، فحملوها جميعاً ينظر إن كانت الخشبة خفيفة يقدر الواحد على حملها، لا يعتقون حتى يحملها واحد بعد واحد، وإن كانت الخشبة ثقيلة لا يقدر الواحد على حملها، وإنما يقدر على حملها اثنان أو أكثر عتقوا، والوجه في ذلك أن كلمة أي تتناول واحداً منكراً من جملة ما أضيف إليهما هذه الكلمة، وقد وصف ذلك المنكر ههنا بصفة غاية، وهي الحمل؛ لأن الحمل أضيف إلى جميع العبيد الذين أضيف إليهم كلمة أي، فأوجب عموم العبيد سواء كانت الخشبة ثقيلة أو خفيفة.

بعد ذلك الكلام في أن النكرة صارت موصوفة بحمل جميع الخشبة أو بحمل بعضها، فنقول إذا كانت الخشبة خفيفة بحيث يقدر الواحد على حملها صارت النكرة موصوفة بحمل جميع الخشبة؛ لأن الخشبة اسم لجميعها، وقد أضاف حملها إلى كل واحد، والعمل بالحقيقة ممكن؛ بأن يجعل شرط العتق في حق كل واحد حمل جميع الخشبة، أو يتأتى ذلك من كل واحد، فنجعل ذلك شرطاً في حق كل واحد عملاً بحقيقة الكلام، فلا يعتق واحد منهم ما لم يحمل كل الخشبة.

وهو نظير ما لو قال لعبيده أيكم أكل هذه الرغيف فهو حر فأكله اثنان أو أكثر من ذلك لا يعتق واحد منهم، سواء كان يقدر الواحد على أكله بدفعة واحدة أو بدفعتين أو بدفعات؛ لأن أكل الرغيف من كل واحد متصور إما بدفعة أو بدفعات، فصار الداخل تحت كلمة أي موصوفاً بأكل جميع الرغيف، فلا يعتق بأكل بعض الرغيف، وستأتي مسألة الرغيف في المسائل المتفرقات، وما فيها من اختلاف المشايخ.

فأما إذا كانت الخشبة ثقيلة بحيث لا يقدر الواحد على حملها، فالنكرة صارت موصوفة بحمل بعض الخشبة؛ لأن العمل بحقيقة الكلام متعذر لأن حمل جميع الخشبة لا يأتي من كل واحد في هذه الصورة فيعمل بمجازه، ويجعل الشرط من كل واحد منهم حمل بعض هذه الخشبة.

وهو نظير ما لو قال لعبيده أيُّكم شرب ماء هذا البحر فهو حر فشرب كل واحد منهم قطرة عتقوا؛ لأن العمل بحقيقة هذا الكلام متعذر فيعمل بمجازه، وجعل الشرط في حق كل واحد من العبيد بشرب بعض الماء.

ثم إن محمّداً رحمه الله يقول في «الكتاب» إذا كانت الخشبة ثقيلة يقدر على حملها اثنان، فحملوها جميعاً عتقوا لأن الشرط في هذه الصورة حمل بعض الخشبة، والبعض من حيث إنه بعض لا يفصل فيه بين قدر وقدر.

يقول أيضاً إذا كانت الخشبة خفيفة، بحيث يقدر الواحد على حملها إذا حملها واحد عتق، وإذا حملها واحد بعد واحد عتقوا. وفيه نوع إشكال؛ لأن هذا اللفظ إن كان خاصاً ينبغي أنه إذا حملها الواحد، وحكم بعتقه، أنه لو حملها آخر بعد ذلك إنه لا يعتق، وإن كان عاماً ينبغي أن لا يعتق واحد منهم ما لم يحملوها جميعاً واحد بعد واحد، كما لو قال إن حملتم هذه الخشبة فأنتم أحرار.

والجواب هذا اللفظ خاص بصورته عام من حيث المعنى، فإذا حملها واحد عتقوا عملاً بعموم المعنى، بخلاف قوله إن حملتم هذه الخشبة، لأنه عامة صورة ومعنى؛ فما لم يحملوها لا يعتقون.

وفي «الفتاوى»: رجل قال كل جارية أشتريها ما لم أشترِ فلانة ـ لجارية سماها ـ فهي حرة ثم إن الجارية المحلوف عليها غابت، أو ماتت فاشترى جارية أخرى ففي الموت لا تعتق عند أبي حنيفة ومحمّد رحمهما الله؛ لأنه وجد الشرط واليمين ساقط على قولهما لفوت الغاية، وفي الغيبة يعتق ما لم يظهر موتها بلا خلاف لأن بمجرد الغيبة لا يبطل اليمين، بلا خلاف.

وإذا قال لعبيده أيُّكم بشرني بقدوم فلان فهو حر، فبشروه معاً عتقوا ولو بشروه واحد بعد واحد عتق الأول خاصة [٣٢٣ب/ ١].

ولو أمر واحد منهم عبداً آخر أن يذهب إلى مولاه برسالته، فإن أضاف الرسول الخبر إلى المرسل، بأن قال: إن فلاناً يقول لك أبشرك بقدوم فلان أو قال فلان أرسلني إليك، ويقول أبشرك بقدوم فلان أعتق المرسل دون الرسول، وإن قال الرسول أبشرك بقدوم فلان وأرسلني فلان إليك عتق الرسول دون المرسل.

رجل قال لعبده أنت حر قبل الفطر والأضحى بشهر، فإنه يعتق في أول رمضان؛ لأن أول رمضان وقت قبل الفطر والأضحى بشهر، وهو نظير ما لو قال لعبده أنت حرٌّ قبل موت فلان وفلان بشهر، فمات أحدهما لتمام شهر من وقت هذه المقالة عتق العبد؛ لأن هذا وقت قبل موت فلان وفلان بشهر.

وفي «نوادر»: المعلىٰ عن أبي يوسف رحمه الله رجل قال: إن اشتريت فلاناً، فهو حر وادعاه رجل أنه ابنه ثم اشترياه جميعاً، فهو حر، ونصف ولائه للذي حلف بعتقه وهو ابن الذي ادعاه.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف رحمه الله: رجل قال إن اشتريت من هذا

العبد شيئاً، فهو حر ثم اشتراه هو وأبوه فإنه يعتق بالقرابة ولا يقع عتق الحالف عليه؛ لأن النسب قد تقدم الملك، وتقدم عتق الحالف.

وفي «**المنتقى**» رجل قال لعبده إن اشتريتك أنا وأبوك، فأنت حر، فاشترياه عتق على الأب بالقرابة عند أبي يوسف وعتق باليمين عند أبي حنيفة.

وفي «نوادر داود بن رشيد» عن محمّد رحمه الله: رجل قال لغلام في يدي رجل إن اشتريته فهو حر، ثم أقر أنه لفلان ثم اشتراه كان للمقر له، ولا يعتق.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمّد رحمه الله: إذا قال: كل مملوك اشتراه، فهو حر إلى سنة فاشترى عبداً قال لا يعتق حتى يأتي عليه سنة من يوم اشترى.

ولو قال كل مملوك أشتريه إلى سنة فهو حر وكل عبد اشتراه في السنة فهو حر ساعة اشتراه. وإذا قال كل مملوك أملكه فهو حر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف، ولا يعتق ما يستفيده إلا إذا عناه؛ لأن قوله أفعل وإن كان للحال وللاستقبال حقيقة إلا أنه للحال أحق لأن الحال مقصود كالماضي، والمستقبل يجب أن يكون له صفة على الخصوص، وهو قوله سوف أفعل، فكانت هذه الكلمة أحق للحال من هذا الوجه، فانصرف إليه، وإن عنى ما يستفيده صحت نيته في حق وجود ما يستفيده تحت اليمين لا في حق الخروج الحالية عن اليمين، فيعتقان جملة.

وفي «الجامع» إذا قال العبد المأذون أو المكاتب كل مملوك أملكه فيما استقبل، فهو حر، فملك مملوكاً بعدما عتق، عند أبي حنيفة، وعندهما يعتق، وعلى هذا الخلاف إذا قال كل مملوك أشتريه فهو حر، فاشترى مملوكاً بعد ما عتق.

وأجمعوا على أنه إذا قال إذا أعتقت فكل مملوك أملكه فهو حر، أو قال إذا أعتقت فكل مملوك أشتريه فهو حرّ فملك مملوكاً بعد العتق أو اشترى مملوكاً بعد العتق إنه يعتق.

وأجمعوا على أنه إذا قال كل مملوك لي فهو حر أو قال كل مملوك أملكه فهو حر، فملك مملوكاً بعد العتق إنه لا يعتق، فمن مشايخنا من قال: ما ذكر من الخلاف يجب أن يكون على العكس، وينبغي أن يكون ما يملكه بعد العتق عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما.

وردُّوا هذه المسألة إلى مسألة أخرى، وهو ما إذا قال الرجل لأمته أول ولدٍ تلدينه فهو حر، أو قال لها إن ولدت ولداً فهو حرّ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تنصرف نيته إلى الولد الحي تصحيحاً للجزاء، فههنا يجب أن ينصرف يمينه إلى ما يملكه بعد العتق، تصحيحاً للجزاء وعلى قولهما في تلك المسألة ينصرف يمينه إلى ما يملكه في الحال، وإلى ما يملكه بعد العتق، وعامتهم على أن الخلاف في هذه المسألة على الوجه الذي ذكر في «الجامع»، فوجه قولهما أنه ذكر الملك فيما يستقبل مطلقاً، فينصرف إلى الملك الثابت من كل وجه، لما عرف أن المطلق من الأسامي ينصرف إلى الكامل، وهو الثابت من كل وجه، وإنما يثبت الملك لهما من كل وجه بعد العتق، فينصرف يمينه إلى ما يملكه بعد العتق بخلاف قوله أول ولد تلدينه فهو حر على مذهبهما؛ لأن الولد الميت ولد من

كل وجه، فيتناوله مطلق اسم الولد فلا ضرورة إلى صرفه إلى الولد الحي، أما ههنا بخلافه.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن قوله أملك للحال على ما مر، وقوله فيما استقبل يجوز أن يكون يعتق بقوله أملك فيصرف للاستقبال، ويجوز أن يكون ولد ملك للحال فيصير كأنه شرط عتق هذا الملك الموجود للحال فيما يستقبل، فلما احتمل هذا، واحتمل ذاك، وليس على أحد الاحتمالين دليل لم يصلح قوله فيما استقبل صارفاً قوله أملك إلى الاستقبال فبقي للحال، فكان موجباً للعتق كما هو مملوك للحال كان نص على الحال ولو نص على الحال لا يعتق ما يملكه بعد العتق فههنا كذلك.

وقوله ذلك للملك مطلقاً، فنصرف إلى الثابت من كل وجه وهو الملك بعد العتق، قلنا ما ذكر الملك مطلقاً بل يكون ذكره مقيداً بالحال عرف ذلك بقوله أملك، فلا يمكن صرفه إلى ما بعد العتق كما لو ذكره مقيداً بالحال صريحاً.

وفي «المنتقى» رواية عمرو بن أبي عمرو عن محمّد رحمه الله في «الإملاء» أنه جعل قوله: كل مملوك أملكه هذا الشهر وهذه السنة فهو حر، بمنزلة قوله كل مملوك أملكه هذا اليوم من حيث إنه عتق ما كان في ملكه وما يستفيده في الوقت الذي سماه، إن قيل في هذا جمع بين الحال والاستقبال وهما لا يرادان بلفظ واحد، قلنا ليس كذلك، إن قوله أملكه اليوم يتناول القائم في ملكه للحال؛ لأن اليوم اسم للوقت من حين طلوع الشمس إلى وقت غروب الشمس، والبعض منه قد مضى والبعض منه قائم، واسم اليوم يتناول القائم، فيتناول القائم في ملكه بحكم الحال ثم الحال المسند إلى غروب الشمس، فيتناول الكل باعتبار امتداد الحال؛ لأنه جمع بين الحال والاستقبال.

وإن قال كل مملوك أملكه الساعة فهو حر فهو على ما في ملكه دون ما يستفيده.

وإن قال كل مملوك أملكه رأس الشهر فهو حر، فكل مملوك جاء رأس الشهر وهو يملكه، أو يملكه في ليلة رأس الشهر ويومها، فهو حر في قول محمّد، وقال أبو يوسف هو على ما يستفيده في تلك الليلة ويومها.

وعلى هذا الاختلاف إذا قال كل مملوك أملكه غداً فهو حر ولا نية له عتق ما اجتمع في ملكه في الغد، ومن هو في ملكه للحال ومن يملكه غداً في قول محمّد، وعلى قول أبي يوسف يعتق ما يستفيده في الغد لا غير.

فوجه قول [٣٢٤أ/ ١] محمّد أن قوله: أملكه يتناول الحال حقيقة، فلا يترك حقيقة ما أمكن اعتبار حقيقة الحال وإن امتد إلى الغد؛ لأن المرء قد يستقبل بأمر ويمتد ذلك إلى الغد، فصار الغد في امتداد الحال بمنزلة اليوم، فصار هذا وما لو قال كل مملوك أملكه اليوم سواء.

ولأبي يوسف أن الغد من الأوقات المقابلة بلا شك، ألا ترى أنك تقول سأفعل ذلك غداً وحرف السين لا يدخل إلا على المستقبل، فصار الاستقبال مراداً بهذا اللفظ، فخرج الحال من أن يكون مراداً بخلاف قوله كل جارية أملكها اليوم؛ لأن اسم اليوم

يتناول القائم بحكم الحال ثم الحال الممتد إلى غروب الشمس، فيتناول الكل باعتبار امتداد الحال.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: أي رجل مملوك أملكه يوم الجمعة فهو حر، فهذا على ما يملكه يوم الجمعة، ولو قال كل مملوك لي حر يوم الجمعة، والفرق أن في المسألة الأولى الوقت دخل على الملك، فانصرف إلى المملوك في ذلك الوقت، وفي المسألة الثانية الوقت دخل على العتق، فبقي قوله أملكه ههنا ولا للحال، ويصير عتقه مضافاً إلى ذلك الوقت.

ولو قال إذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذٍ حر، فهذا على ما كان في ملكه يوم دخول البيت، سواء كان مملوكاً له يوم اليمين أو اشتراه بعد اليمين؛ لأن قوله يومئذٍ ينصرف إلى يوم الدخول، فإنما أثبت العتق لكل من كان في ملكه يوم الدخول، ولو لم يقل يومئذٍ وباقي المسألة بحالها فما ملكه بعد اليمين لا يعتق؛ لأن قوله كل مملوك لي يتناول الحال، والمضاف إلى الدخول الحرية دون الملك، وقد أثبت عند الدخول الحرية ممن هو مملوك له للحال.

ولو قال كل مملوك أملكه، فهو حر إذا جاء غد، فهذا على ما في ملكه في الحال في قولهم، بخلاف قوله كل مملوك أملكه غداً.

ولو قال كل مملوك أملكه إلى ثلاثين سنة، فهذا على ما يستقبل في الثلاثين بلا خلاف، ولم يدخل ما كان في ملكه يوم اليمين؛ لأن الاستقبال ههنا صار مراداً؛ لأن الحال لا يمتد إلى هذه المدة بيقين فتعين للاستقبال، مراداً بهذا اللفظ، فلا يبقى الحال مراداً، وعلى هذا إذا قال إلى سنة وعلى هذا إذا قال إلى ثلاثين سنة، أو قال سنة أو قال أبداً، أو قال إلى أن أموت، فهذا باب واحد يدخل في اليمين ما يستفيده دون ما كان في ملكه.

ولو قال عنيت بقوله ثلاثين سنة وبقولي سنة أن يدوم ما في ملكي في الحال هذه المدة، دين فيما بينه وبين الله، ولم يدين في القضاء؛ لأن الظاهر أنه ذكر الوقت لاستفادة الملك فيما لا استفراد للملك فيها، فكان مدعياً بخلاف الظاهر، فلا يصدق في الفصل.

إذا قال كل مملوك أملكه إن دخلت الدّار، أو قدّم الشرط، فقال: إن دخلت الدّار، فكل مملوك أملكه فهو حر فهما سواء، يتعلق بالدخول عتق ما كان في ملكه؛ لأن قوله أملكه لما كان منصرفاً إلى الحال لا يختلف الجواب بين تقديم الشرط وتأخيره.

ولو قال كل مملوك لي، أو قال: كل مملوك أملكه حر بعد غدٍ، وله مملوك، فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي كان في ملكه يوم حلف؛ لأن قوله كل مملوك لي وقوله كل مملوك أملكه يتناول المملوك القائم للحال بحقيقة، وقوله بعد غد دخل على قوله حر، لا على قوله أملكه، فبقي قوله أملكه على حقيقته.

وفي «الأمالي» عن أبي يوسف إذا قال كل مملوك يولد لي، فهو حر إن دخلت الدار فولد له مملوك من أمة كانت له يوم الحلف، ثم دخل الدّار عتق ولو اشترى أمة بعد الحلف وولدت له ولداً، ثم دخل الدار لم يعتق، والله أعلم.

نوع آخر من هذا الفصل

إذا قال المولى لعبده إن أديت إليّ ألفاً فأنت حر، فجاء العبد بالمال وخلى بينه وبين المولى يجبر المولى على القبول وليس معناه الإكراه بالسيف، وإنما معناه أن العبد إذا أخص المال بحيث يتمكن المولى من قبضه، وخلى بينه وبين المولى يعد المولى قابلاً ويحكم بعتق العبد، وهذا استحسان أخذ به علماؤنا الثلاثة رحمهم الله.

يجب أن يعلم بأن هذا التصرف يمين ابتداءً، وينقلب كتابة عند الأداء، أما يمين ابتداءً؛ فلأن صورته صورة اليمين؛ لأن اليمين ذكر شرط وجزاء وهذا التصرف بهذه المثابة، وأما كتابة معنى عند الأداء؛ لأن معنى الكتابة أن يعتق العبد بمال يؤديه إلى المولى، وقد وجد هذا الحد عند الأداء فوفرنا على الشبهين حظهما، فجعلناه يميناً ابتداء عملاً بالصورة، فقلنا إنه يتم المولى وحده، ولا يحتمل الفسخ، ولا يمنع جواز البيع، ولا يصير للعبد حق بأكسابه للحال، حتى كان للمولى أن يأخذ منه بغير رضاه، وجعلناه كتابة معنى عند الأداء، فقلنا إذا أدى العبد المال يجبر المولى على القبول كما في فصل الكتابة، وهذا لأن المولى رضي بالعتق عند دخول العوض إليه والعبد ما رضي في اكتساب المال إلا ليصل إلى العتق، فلو لم يجبر المولى على القبول على التفسير الذي قلنا فيتضرر به العبد، ولو أجبر المولى على القبول لا يتضرر فهو بهذا الطريق أجبر المولى على القبول في الكتابة وإذا أجبر المولى على القبول صار القبول موجوداً تقديراً واعتباراً، فيتحقق الشرط وهو الأداء إلى المولى.

وذكر محمّد رحمه الله في «الأصل» إذ قال لعبده إن أديت إلى ألفاً فأنت حر، فهذا إذن منه له في التجارة والعمل؛ لأن هذا التصرف وإن كان يميناً ابتداء فهو سبب لثبوت الكتابة لأنه ينقلب كتابة عند الأداء، والإذن في التجارة يثبت بالكتابة، فكذا بما هو سبب الكتابة يوضحه أنه لو لم يثبت الإذن لم يصل العبد إلى العتق أصلاً.

وفي «الأصل» أيضاً إذا قال لعبده: إن أديت إليّ ألف درهم فأنت حر، فهذا على المجلس، وروى بشر عن أبي يوسف: لأنه لا يتوقف على المجلس كما في الكتابة وكما في قوله إن أديت: إليّ، وجه ظاهر الرواية أن الأداء ههنا بمنزلة القبول في الكتابة من حيث إن حكم الكتابة، ـ وهو المعاوضة ـ يثبت عند الأداء ههنا، ثم القبول في الكتابة يعتبر في المجلس كذا الأول ههنا يعتبر في المجلس إذا لم يكن في لفظه ما يدل على الوقت، بخلاف قوله متى وإذا؛ لأن ذلك الوقت يعم الأوقات كلها.

وإذا مات المولى قبل أداء العبد بطل التعليق؛ لأن العبد يصير ميراثاً فلا يتوهم وجود الشرط بعد هذا على ملك المولى ليعتق به، فلا يكون في إيفاء الثمن فائدة، بخلاف الكتابة؛ لأن المكاتب لا يصير ميراثاً بل يبقى على حكم ملك الميت، فيوجد به الشرط على ملك المولى، وهو الأداء فيعتق وكان في إيفاء الكتابة فائدة.

ولو أدى العبد في مال اكتسبه قبل [٣٢٤ب/ ١] هذا القول عتق لوجود الشرط، وهو الأداء، ألا ترى أنه لو أدّى من مال غصبه من إنسان يعتق فطريقه ما قلنا، ورجع المولى

عليه بمثله؛ لأن مقصود المولى جر العبد على الاكتساب ليؤدى من كسبه بعد هذا القول، فيملك ما لم يكن مملوكاً له قبل هذا القول، وهذا المقصود لا يحصل متى أدّى من كسب اكتسبه قبل هذا القول، و[لو] أدّى من كسب اكتسبه بعد هذا القول لم يرجع المولى على العبد بشيء لحصول مقصوده وهو ملك ما لم يكن مملوكاً له قبل هذه المقالة.

ولو قال له إن أديت إليّ ألف درهم فأنت حر، فاكتسب بعد هذه المقالة أربعة آلاف درهم، وأدى منها ألفاً، كان للمولى أن يأخذ الثلاثة الآلاف الباقية؛ لأنه إنما يصير مكاتباً، عند الأداء، فيصير أحق بمكاتبته عند الأداء بقدر المؤدى، كأنه قال له عند الأداء: كاتبتك على نفسك وعلى ألف من كسبك بألف درهم، ولو صرح بذلك دخل تحت الكتابة ألف واحدة وصار هو أحق بألف واحدة، ويكون الباقي للمولى كذا ههنا.

ولو جاء العبد ببعض الألف يجبر على القبول لأنه لا يحصل به العتق، وجه الاستحسان: أن المولى لا يقصد بهذا الكلام أداء العبد الألف جملة، وإنما يقصد أداؤه إليه على التفاريق، وكيف يوجد أداؤه إليه جملة، وإن العبد مفلس ولإن كان لا يحصل به العتق، هذا لا يدل على أنه لا يجبر على قبوله إذا كان ذلك مقصوداً للمولى، ألا ترى أن المولى إذا قال لعبده إن أديت إلي اليوم خمسمائة، وإذا قدم فلان خمسمائة فأنت حر، فأدى اليوم خمسمائة أجبر المولى على القبول، وإن كان لا يعتق بأدائه لأن المولى قصد كذلك كذا ههنا.

ولو كان قال لأمته هذه المقالة، فولدت ثم أدّت لم يعتق ولدها؛ لأن هذا التصرف تعليق ويمين ابتداء، وإنما يثبت حكم المعاوضة عند الأداء، فقيل: الأداء هو تعليق فلا يتعدى إلى الولد كسائر التعليقات.

ولو حط المولى شيئاً من المال المشروط لم يعتق بأداء الباقي، لأن هذا التصرف في المال تعليق والتعليق لا يحتمل حط بعض الشرط، فيبقى الشرط أداء الألف بتمامه، ولم يوجد بخلاف الكتابة؛ لأنها معاوضة للحال، فكان بدل الكتابة واجباً شرعاً، والواجب شرعاً يحتمل الإسقاط ألا ترى أنه لو أبرأ المكاتب عن كل بدل الكتابة يصح، فكذا إذا حط البعض، أما ههنا المال مشروط غير واجب ليصح حط بعضه، ولكن أداؤه شرط العتق وشرط العتق لا يحتمل الحط فلهذا لا يعتق، ولو باعه ثم اشتراه فأدّى المال المشروط إليه عتق، ويجبر على القبول في قول أبي يوسف، وقال محمّد رحمه الله في «الزيادات» لا يجبر على القبول ولكن إن قبل يعتق.

وإذا قال لعبده أنت حر على ألف أو بألف أو على أن لي عليك ألفاً، أو على ألف تؤديها، أو على أن تعطيني ألفاً، أو على أن. . . .[1] بألف فقبل العبد، فهو حر ساعة قبل، وما شرط دين عليه؛ لأن المولى أعتقه على المال، والإعتاق على مال إثبات للعتق عند التزام المال، وقد وجد ذلك بقبوله فيقع العتق بقبوله كما في البيع بخلاف قوله: إن

---

(١) بياض بالأصل.

أديت إليَّ ألف درهم؛ لأن هناك المولى علق العتق بأداء الألف فلا يثبت العتق قبل الأداء.

وكذلك لو أعتقه على طعام موصوف في الذمة أو شيء من الكيل أو الموزون معلوم الجنس والوصف والقدر في الذمة؛ لأن هذا يصلح عوضاً في البيع، ففي القبول أولى، وإن كان العوض شيئاً بعينه صحت التسمية وإن كان المسمى ملك المعتق؛ لأن العبد ليس من أهل الملك، إلا أن تسمية ملك الغير عوضاً صحيح، فإن من اشترى شيئاً بعبد مملوك للغير صح العقد وصحت التسمية، وعليه العبد إلا أن ثمة إذا يجيز يفسخ المالك أن يفسخ العقد وههنا لا يفسخ العقد وعلى العبد قيمته، وإنما كان كذلك لأن تعذر التسليم بعد صحة التسمية يوجب المصير إلى القيمة، ولا تدخل القيمة في باب البيع فلهذا يفسخ العقد والقيمة تدخل في باب العتق بطريق الأصالة، فإن من أعتق عبداً على حيوان وجاء العبد بالقيمة جُبر المولى على القبول.

وإذا قال لعبده: إن أديت إليّ ألفاً فأنت حر فقال العبد للمولى خذ مني مكانها مائة دينار، وأخذها المولى لا يعتق لأنه استبدال بشرط اليمين وإنه لا يصح؛ لأنه يتضمن فسخ اليمين، واليمين لا يحتمل الفسخ، إلا أن يقول للعبد عند طلبه ذلك: إن أديت إلي هذا فأنت حر، فحينئذٍ يعتق باليمين الثانية. كما لو قال له إن أديت إليّ ألف درهم فأنت حر، ثم قال له: إن أديت إليّ خمسمائة، فأنت حر فأدى إليه خمسمائة يعتق باليمين الثانية كذ ههنا.

قال في «الزيادات»: وإذا قال له: إذا أديت إليَّ عبداً فأنت حر ولم يضف العبد إلى قيمة ولا إلى جنس، فهو جائز؛ لأن هذا الكلام يمين ابتداء، معاوضة المال بما ليس بمال انتهاء، واليمين صحيحة، وإن كان الشرط مجهولاً، ومعاوضة المال بما ليس بمال صحيحة، وإن لم يكن العوض الذي هو قاله معلوماً كما في النكاح، وأقرته الكتابة، وإذا وجد القبول يثبت العبد ديناً في ذمته، فإن أتى العبد بعد ذلك بعبد وسط يجبر المولى على القبول؛ لأن مطلق اسم العبد في مثل هذه المعاوضة ينصرف إلى الوسط، ويصير كأن المولى قال له: إن أديت إليّ عبداً وسطاً فأنت حر، وكذلك إن أتى بعبد هو أرفع يجبر على القبول لأنه أتى بالمشروط وزيادة، وإن أتى بعبد رديء لا يجبر على القبول، ولكن إن قبل يعتق لأن العبد في هذا التصرف ذكر مطلقاً، وإنما عينًّا الوسط نظراً للمولى، فإذا رضي بالرديء ينظر لنفسه فلم يظهر تعيين الوسط.

قال مشايخ ما وراء النهر: الأرفع في ديارنا أعزّ الأتراك وأحسنهم، والوسط أفضل الهنود وأخس الأتراك، والرديء أحسن الهنود.

ولو جاء العبد بقيمة عبد وسط لا يجبر المولى على القبول وإذا رضي بها وقبلها لا يعتق العبد بخلاف ما إذا رضي بالعبد الرديء وقبله، والفرق وهو أن اسم العبد عند الإطلاق يتناول الرديء، إلا أنه لا يجبر المولى على قبول الرديء نظراً له فإذا رضي بالرديء لم ينظر لنفسه، والاسم قد يتناوله، فيتحقق شرط العتق، فأما اسم العبد لا

يتناول القيمة فلا يتحقق الشرط بقبول القيمة، فلا يعتق، والجواب في قوله إن أديت إليّ كرّ حنطة نظير الجواب في قوله: إن أديت إليّ عبداً إن جاء بكرٍّ وسط أو مرتفع يجبر المولى على القبول، وإن جاء بكرٍّ رديء لا يجبر.

ولو قال: له إن أديت إليّ عبداً وسطاً [٣٢٥أ/ ١]، أو قال إذا أديت إلي كرّ حنطة وسط فأنت حر، فجاء بعبد مرتفع أو بكر مرتفع لا يجبر المولى على القبول، وإذا قبل لا يعتق بخلاف قوله: إذا أديت إليَّ عبداً أو أديت كراً، والفرق أن في هذه المسألة شرط الوساطة نصاً، واسم الوسط لا يتناول المرتفع، فبأدائه لا يتحقق شرط العتق وشروط الحالف مما يجب عامها، ألا ترى أنه لو قال لعبده إذا أديت إليّ ألف درهم في كيس أبيض، فأداه في كيس أسود لا يعتق أما في تقدم ما شرط الوساطة نصًّاً، بل ذكر العبد مطلقاً والكر مطلقاً، وهذا الاسم صالح لتناول الأرفع، وإذا أتى به فقد تحقق شرط العتق فلهذا افترقا.

ولو قال له إذا أديت إليّ دراهم فأنت حر، فأدى إليه ثلاثة دراهم فصاعداً لا يجبر على القبول، وكذا إذا قبل يعتق لأن الجبر على القبول باعتبار المعاوضة والمعاوضة ههنا لم تثبت لمكان الجهالة، أما التعليق قد ثبت؛ لأن جهالة الشرط لا تمنع صحة التعليق، ومن حكم التعليق نزول الجزاء عند مباشرة الشرط.

وكذلك إذا قال إن أديت إلي ثوباً فأنت حر، فأدى إليه ثوباً لا يجبر على القبول، ولو قبل يعتق.

ولو قال إن أديت إلي وزني دراهم، أو قال ثوباً فأنت حر كان هذا باطلاً، حتى لو أدى إليهم ثلاثة دراهم فصاعداً أو أدى إليهم ثوباً، وقبلوا لا يعتق؛ لأن معنى المعاوضة لا يسع في هذا اللفظ، ومعنى التعليق قد بطل بموت الحالف.

ولو قال في وصفه إذا أدّى إليكم عبدي هذا عبداً، أو قال كر حنطة، فهو حر فهذا على الوسط، فلو أنه أتى بالرديء وقبل الوارث لا يستحق العتق بخلاف ما إذا قال إذا أديت إليّ عبداً، أو قال: كر حنطة، ولو أتى بالوسط لا يعتق ولكن يستحق العتق لأن هذا عتق تأخر عن الموت، وكل عتق تأخر عن الموت لا ينفذ إلا بتنفيذ الورثة، عرف ذلك في موضعه.

وفي «المنتقى» إذا قال لعبده: إن أديت إليّ ألفاً فأنت حر، فاستقرض العبد من رجل ألف درهم ودفعها إلى مولاه، فإنه يعتق العبد ويرجع غريم العبد على المولى، فيأخذ منه ألف درهم؛ لأنه أحق بها من المولى من قبل أنه عبد مأذون في التجارة وغرماء العبد المأذون أحق بماله، حتى يستوفوا ديونهم.

ولو كان العبد استقرض من رجل ألفي درهم، وقيمته ألفا درهم، فدفع أحد الألفين المستقرضة إلى مولاه، وعتق بها. وقد كان أكل ألفاً منها قبل ذلك، فإن للمقرض أن يأخذ من المولى الألف التي دفعها العبد إليه، ويضمن المولى للمقرض أيضاً ألف درهم أخرى؛ لأن المولى منع العبد بالعتق من أن يباع بما عليه من الدين، وإن شاء المقرض

اتبع العبد بجميع ديونه، ولو أن المولى أخذ من العبد ما اكتسبه العبد بعد هذا القول من غير أن يؤديه العبد إليه جاز ذلك؛ لأنه ماله، ولا يعتق العبد لانعدام الشرط، والله أعلم.

نوع آخر يتصل بهذا الفصل

إذا قال لعبدين له: إن أديتما إليّ ألف درهم، فأنتما حران، يعتبر أداؤهما، ولو أداها أحدهما من عند نفسه فإن قال خمسمائة عني وخمسمائة أتبرع بها عن صاحبي لا يعتقان؛ لأن شرط عتقهما أداؤهما ولم يوجد الأداء منهما لا حقيقة ولا اعتباراً، إلا أن يقول خمسمائة من عندي وخمسمائة بعث بها صاحبي، فحينئذٍ يعتقان، لأنه وجد الأداء منهما، من أحدها حقيقة ومن الآخر اعتباراً؛ لأن فعل الرسول منقول إلى المرسل ولو أداها أجنبي لم يعتقا إلا أن يقول أؤدّي الألف ليعتقهما، أو قال على أنهما حران، فإذا قبل عتقا لا بحكم اليمين الأولىٰ؛ بل لأن الأداء من الأجنبي حصل مقابلاً بعتقهما، وقد رضي المولى به بالقبول، وكان للمؤدي أن يأخذ المال من المولى، لأنه أدىٰ ذلك بغير حق؛ لأن بدل العتق لا يجب على غير العبد بالضمان بخلاف بدل الطلاق.

وفي «الزيادات» عبد بين رجلين قال أحدهما للعبد إن أديت إليّ ألفاً، فأنت حر فأدّى إليه ألف درهم عتق نصيبه عند أبي حنيفة رحمه الله لا غير، وللشريك الساكت أن يأخذ من المعتق نصف ما أخذ من العبد، ولا يرجع المعتِق على العبد بشيء، ولو كان قال إن أديت إليّ ألفاً فنصيبي منك حر، فأدى إليه ألف درهم عتق نصيبه لا غير عند أبي حنيفة رحمه الله، ويأخذ الساكت من المعتق نصف ما أخذ من العبد، ويرجع المعتق على العبد بذلك بخلاف الفصل الأول.

والفرق أن في الفصل الثاني المعتق قابل الألف بنصيبه، وقد سلم للعبد نصيبه، فيلزمه كل الألف، وفي الفصل الأول قابل الألف بكل العبد ولم يسلم للعبد جميعه من جهة المعتق، فلا يلزمه كل الألف وهذا كله قول أبي حنيفة رحمه الله.

وأما على قولهما عتق العبد كله في الفصلين؛ لأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ ويرجع الساكت على المعتق على العبد بذلك، إن كان المعتق موسراً يرجع، وإن كان معسراً لا يرجع؛ لأنه إذا كان موسراً، فجميع الرقبة سلم للعبد من جهته، فكان له أن يرجع على العبد بجميع الألف، فأما إذا كان معسراً لم يسلم للعبد من جهته إلا نصف الرقبة معنى، لما استسعاه الساكت في نصيبه، فلا يسلم للمعتق جميع الألف أيضاً والله أعلم.

نوع آخر يتصل بهذا الفصل

إذا قال لعبده في صحته: إن أعتقت عني عبداً، فأنت حر، فإن العبد يصير مأذوناً في التجارة؛ لأن تعليق العتق بالإعتاق إطلاق في الإعتاق، وإنه يقتضي الإذن في التجارة، وينصرف إلى العبد الوسط، وهذا وقوله: إن أديت إلي عبداً سواء.

بيانه أن المولى علق عتق العبد بتمليك العبد عبداً من المولى، فإن معنى قوله إن أعتقت عني عبداً: إن ملكت عبداً مني وأعتقته بنيابتي فأنت حر، فهو معنى قولنا: إن هذا

وقوله: إن أديت إلي عبداً سواء وذلك ينصرف إلى الوسط، كذا ههنا، فإن اشترى هذا العبد عبداً وسطاً، أو وهب له عبد وسط، فأعتقه عن مولاه جاز؛ لأنه أعتقه بطريق النيابة عن المولى، فكأن المولى أعتقه بنفسه وعتق هذا العبد أيضاً لوجود شرطه.

ولو اشترى عبداً مرتفعاً أو عبداً دون الوسط وأعتقه عن مولاه لم يجز إعتاقه؛ لأن إعتاق العبد عبداً من كسبه، إنما يصح بطريق النيابة عن المولى، لا نيابة في إعتاق هذا العبد، ولا يعتق هذا العبد أيضاً لانعدام الشرط.

وكذلك إذا قال: أعتق عني عبداً وأنت حر، فهذا وما لو قال: إن أعتقت عني عبداً فأنت [٣٢٥ب/١] حر، فهذا وما لو قال إن أعتقت عني عبداً سواء؛ لأن جواب الأمر بحرف الواو وجواب الشرط بحرف الواو سواء ولو كان قال إن أعتقت عبداً فأنت حر؛ أو قال أعتق عبداً وأنت حر ولم يقل عني، فأعتق عبداً وسطاً، فالقياس أن لا يصح إعتاقه ولا يعتق هو؛ لأنه لما لم يقل عني كان هذا تعليق عتقه بإعتاق عبد عن نفسه. وهذا الشرط لا يكون.

وفي «الاستحسان»: يصح ويعتق هو أيضاً، ويدرج كلمة عني تصحيحاً للأمر بالإعتاق، وإن كان المولى قال ذلك في مرضه فأعتق المأمور عبداً وسطاً عن المولى صح إعتاقه استحساناً، وعتق المأمور لوجود الشرط لما بينا.

وإذا مات المولى من بعد ذلك من مرضه ذلك ينظر إلى قيمة العبد المأمور، وإلى قيمة العبد الذي أعتقه، فإن كان قيمة العبد الذي أعتقه مثل قيمة المأمور أو أكثر فلا سعاية على العبد المأمور؛ لأن عتقه حصل بعوض يعدله أو يزيد عليه؛ لأن تقدير كلامه ملكني عبداً وأعتقه عني، وعلى العبد الذي أعتقه السعاية في ثلثي قيمته إذا لم يكن للمولى مال آخر؛ لأنه إنما عتق من جهة المولى؛ لأن المأمور أعتقه بنيابة المولى فكأن المولى أعتقه بنفسه والإعتاق في مرض الموت إذا كان بغير عوض يعتبر من الثلث.

ولو كان قيمة العبد الذي أعتقه دون قيمة العبد المأمور فنقدر قيمة العبد الذي أعتقه من العبد المأمور عتق بعوض يعدله، فلا يعتبر فيه حكم الوصية، وما زاد على ذلك عتق بغير عوض، فيعتبر فيه حكم الوصية، والعبد الذي أعتقه عتق كله بغير عوض، فيعتبر فيه حكم الوصية، حتى أنه إذا كان قيمة العبد المأمور مثلاً ستون وقيمة العبد الذي أعتقه أربعون، ولا مال له غيرهما، فنقدر ثلثي المأمور عتق بعوض فلا وصية فيه، وثلث المأمور عتق بغير عوض، فتعتبر فيه الوصية، والمعتق عتق كله بغير بدل، فيعتبر فيه الوصية، فينظر إلى مال الميت، وينفذ وصيها من ثلثه، ومال الميت ثلث العبد المأمور وقيمته عشرون، وجميع العبد المعتق وقيمته أربعون، فجملته ستون ثلثه عشرون، يقسم ذلك بينهما على قدر وصيتهما، ووصية المأمور بقدر عشرين، ووصية المعتق بقدر أربعين، فيقسم الثلث ـ وذلك عشرون ثلثها ـ أثلاثاً ثلثه للعبد المأمور وثلثاه للعبد المعتق، فيعتق من العبد المأمور بحكم الوصية ستة وثلثان ويسعى فيما بقي من ثلاثة عشر وثلث ويعتق العبد المعتق بحكم الوصية ثلاثة عشر وثلث، ويسعى فيما بقي من رقبته،

وذلك ستة وعشرون وثلثان، فيسلم لهما بحكم الوصية عشرون، ويسلم للورثة بطريق السعاية أربعون، فيستقيم الثلث والثلثان.

ولو قال له أعتق عني عبداً بعد موتي وأنت حر، فهذا والذي في حال الحياة في المسألة الأولىٰ سواء، إلا في خصلة وهي: أنه إذا أعتق المأمور عبداً وسطاً عن المولى بعد موت المولى لا يعتق العبد المأمور إلا بإعتاق الورثة أو الوصي أو القاضي، وفي حال الحياة إذا أعتق المأمور عبداً وسطاً عن المولى، يعتق المأمور من غير أن يحتاج فيه إلى إعتاق أحد.

والفرق أن العبد المأمور بموت المولى ينتقل إلى ورثته؛ لأن الثابت في حقه للحال مجرد التعليق، ومجرد التعليق لا يمنع الإرث وبعد ما صار مملوكاً للوارث لا يمكن تنفيذ العتق فيه بإعتاق المولى، لكن يثبت للمولى المأمور بهذا التصرف استحقاق العتق عند إعتاقه عبداً عن المولى كما أمره المولى به، فينتقل إلى الوارث بهذه الصفة كالعبد المرهون ينتقل إلى الورثة على الصفة التي كان في ملك الراهن مشغولاً بحق المرتهن، فإذا بقي استحقاقه وجب على من قام مقامه من وارث أو وصي أو قاضٍ إعتاقه عبداً عن المولى أما في حالة الحياة أمكن تنفيذ العتق من جهة المولى لبقاء ملكه فلا حاجة إلى إلغاء العتق عند وجود الشرط من جهة أحد.

فإن قالت الورثة للمأمور أعتق عبداً وإلا بعناك لا يلتفت إلى ذلك؛ لأنه ثبت للعبد استحقاق العتق عند إعتاقه عبداً عن الميت، وليس للورثة ولاية إبطال حق العبد.

وفرق بين الورثة وبين المولى، فإن المولى في حاله حياته يملك بيعه، والورثة لا يملكون ذلك بعد وفاته، والفرق أن هذا الحق لم يظهر في حق المولى؛ لأن الحقيقة ثابتة للمولى مطلقاً، فلو ظهر أثر هذا الحق في حق المولى يبطل أثر حقيقته، وإنه لا يجوز، أما في حق الورثة لو ظهر أثر هذا الحق لا يؤدي إلى إبطال أثر الحقيقة؛ لأن الحقيقة قد ثبتت للورثة بهذه الصفة، ولكن يرفعون الأمر إلى القاضي، فيمهله القاضي ثلاثة أيام، وذلك على حسب ما ترى؛ لأن تركه مؤيداً كذلك يبطل حق الورثة، والتعجيل للحال يبطل حق العبد؛ لأنه عسى لا يقدر على الإعتاق في الحال فيجب على القاضي مراعاة الحقين، وذلك فيما قلنا، فإن أعتق المأمور عبداً وسطاً في المدة التي أمهله القاضي أعتقه، وإلا رده إلى الورثة وأمرهم ببيعه، وقضى بإبطال وصيته.

ولو كان المولى قال لورثته: إذا أعتق عبدي عني عبداً بعد موتي فأعتقوه فهذا وما لو قال لعبده أعتق عني عبداً بعد موتي وأنت حر سواء؛ لأن في الموضعين جميعاً لا يعتق العبد بإيجاد الشرط ما لم يعتقه من قام مقام الميت، هذه الجملة من «الديانات».

وفي «الأصل» إذا قال المولى لعبده أنت حر على أن تخدمني سنة فقبل العبد ذلك عتق، كما لو قال له أنت حر على ألف درهم فقبل، وإن مات المولى في نصف السنة فللورثة أن يأخذوا العبد بما بقي من السنة من قيمة العبد، وهذا قول أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة آخراً وقال محمّد وهو قول أبي حنيفة رحمهم الله أولاً يرجع بما بقي من قيمة

الخدمة، وفائدة هذا الخلاف إنما يظهر إذا اختلف قيمة العبد وقيمة الخدمة بأن كانت قيمة العبد ألف درهم، وقيمة الخدمة سنةً خمسمائة فمن قال يرجع بما بقي من قيمة العبد نقول يرجع بخمسمائة، ومن قال يرجع بقيمة الخدمة نقول يرجع بمئتين وخمسين.

وإذا قال لعبده اخدم ولدي سنة ثم أنت حر، وقال إذا خدمتني وإياهم سنة فأنت حر فخدمهم سنة عتق لوجود الشرط، فإن مات المولى قبل السنة لم يعتق لفوات بعض الشرط [٣٢٦أ/١] وهو خدمة المولى، ولو شرط المولى خدمة نفسه ومات بطل اليمين.

وفي «المنتقى» إذا قال لجارية: أنت حرة على أن تخدمي فلانة، فقبلت فهي حرة وعليها أن ترد قيمتها لأن الخدمة مجهولة، ولو قال: على أن تخدمي فلانة شهراً فقبلت حتى عتقت ثم لم تخدم فلانة قال أبو يوسف رحمه الله ترد قيمتها، وقال محمّد رحمه الله ترد قيمة خدمتها شهراً.

وروي بشر عن أبي يوسف رحمهما الله: إذا قال الرجل لعبده: أنت حر على أن تخدم فلاناً سنة، فالقبول إلى فلان، فإن قبل عتق، فإن لم يخدمه رد قيمته، وروى بشر عنه أيضاً إذا قال له: اخدمني سنة وأنت حر قال أبو حنيفة رحمه الله: يعتق الساعة ولا شيء عليه وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يعتق إلا بالخدمة، قبل أو لم يقبل ولو لم يقل سنة فخدمه شيئاً يسمى خدمة عتق عند أبي يوسف رحمه الله.

وفي «المنتقى»: لو قال: أنت حر واخدمني أو قال: أنت حر وأعطني ألفاً، فإن قبل ذلك فهو حر الساعة وعليه أن يخدمه سنة إن كان العتق على الخدمة، وإن كان العتق على الألف فعليه أن يعطيه الألف.

وفي «مجموع النوازل»: إذا قال لعبده: أنت حر، وأدّ إليّ ألف درهم فهو حر ولا شيء عليه ولو قال أد إليّ ألف درهم وأنت حر لا يعتق ما لم يؤد ألف درهم، وهكذا ذكر الفصل الثاني في «الزيادات».

إذا قال لأمته عند وصيته: إذا خدمت ابني وابنتي حتى يستغنيا، فأنت حرة، فإن كانا صغيرين تخدمهما حتى يدركا؛ لأن استغناء الصغر بهذا، وإن أدرك أحدهما دون الآخر تخدمهما جميعاً وإن كانا كبيرين تخدم البنت حتى تتزوج لابن حتى الابن ثم جارية(١) لأن استغناء الكبيرين بهذا، وإذا زوجت الابنة وبقي الابن يخدمهما جميعاً؛ لأن الشرط خدمتهما حتى يستغنيا، وإن مات أحدهما وهما كبيران أو صغيران بطلت الوصية لانعدام الشرط، وهو خدمتهما حتى يستغنيا وعن الحسن أبي مطيع في رجل قال لمملوكه: اخدم ورثتي سنة بعد موتي، ثم أنت حر فمات بعض الورثة قال: العبد يعتق في الوقت الذي قال الميت؛ لأن خدمة الورثة ليست بوصية صحيحة لهم إنما هذا شيء استلباه من هذا العبد وهذا الجواب يخالف ما ذكرنا من الجواب في قول المولى للعبد، أو قال: اخدمني وولدي سنة وأنت حر.

---

(١) كذا العبارة في الأصل، وفيها تخليط واضح، ولعلها: «والابن حتى ينفق على نفسه أو يتزوج»، أو شيء مما في معناه والله أعلم.

وسئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله عن رجل قال لعبده: صم عني يوماً وأنت حر، أو قال: صلّ عني ركعتين وأنت حر قال: يعتق العبد صام أو لم يصم صلى أو لم يصلِ.

ولو قال: حج عني حجة وأنت حر، لا يعتق حتى يحج عنه، وأشار نجم الدين النسفي رحمه الله إلى الفرق فقال: الصوم والصلوة لا مؤنة فيهما فلا يدل على اشتراطه ذلك بدلاً، والحج فيه مؤنة فيدل على اشتراطه ذلك بدلاً عنه كما في قوله: خِط هذا الثوب ولك درهم وفي «المنتقى» إذا قال لعبده: أنت حر على أن تحج عني حجة، فلم يحج فعليه قيمة حجة وسط.

وفي شرح «الزيادات»: إذا قال له حج عني في...[1] وأنت حر، أو قال: إذا حججت عني في حياتي فأنت حر لا يصح هذا التعليق أصلاً، وإذا قال له: أدِ إليّ ألفاً أحج بها وأنت حر، أو قال إذ أديت إليّ ألفاً أحج بها، فأنت حر فأدى الألف يجبر المولى على القبول وإذا قبل عتق حج أو لم يحج وإذا قال: إن أديت إليّ ألفاً، فحججت بها فأنت حر فأدى الألف لا يجبر المولى على القبول، وإذا قبل لا يعتق حتى يحج بها، ولو قال له: حج عني بعد موتي جحة وأنت حر فعليه أن يحج حجة وسطاً من منزل المولى، فإذا حج لا يعتق ما لم يعتقه الورثة أو الوصي أو القاضي، ولو قال: ادفع إلى وصيي بعد موتي قيمة حج يحج بها عني وأنت حر، ينصرف هذا إلى قيمة حجة وسط من منزل الميت، فإذا دفع العبد ذلك إلى الوصي عتق العبد حج بها الوصي أو لم يحج.

ولو قال: إذا دفعت إلى وصيي بعد موتي قيمة حج يحج بها عني، فأنت حر فأداها إلى الوصي لا يجب إعتاقه حتى يحج بها الوصي والله أعلم.

الفصل الرابع
في العتق المبهم

يجب أن يعلم بأن إعتاق المولى أحد عبديه لا بعينه صحيح؛ لأن الإعتاق مما يقبل التعليق بالشرط، وما يقبل التعليق بالشرط يصح إيجابه في المبهم والمجهول؛ لأن الإيجاب في المجهول في حق المعتق بمنزلة التعليق بالنسيان، ويثبت للمولى خيار التعيين؛ لأن الإبهام كائن من جهته وسواء قال: أحدهما حر أو قال: هذا حر وهذا لأن كلمة أو إذا دخلت بين اسمين تناولت أحدهما، فكان هذا وقوله أحدكما حر سواء إذا خاصم العبدان المولى إلى الحاكم أجبره الحاكم على أن يتوقع العتق على أحدهما؛ لأن كل واحد منهما تردد حاله بين الحرية والرق، فصار المولى غير متمكن من استرقاقهما فإذا اختار أحدهما وقع العتق عليه حين اختار.

قال محمّد رحمه الله: وهما قبل ذلك بمنزلة العبدين ليشير إلى أن العتق المبهم غير

(١) بياض بالأصل.

نازل، واعلم بأن المشايخ رحمهم الله اختلفوا أن الإيجاب المبهم في الطلاق والعتاق هل هو نازل في المحل أم لا، وأن البيان فيهما متغير بالإنشاء أو بالإظهار، وإنما اختلفوا لاختلاف ألفاظ محمّد رحمه الله في الكتب ولتعارض الأحكام فبان اختلاف الألفاظ، فإن في بعض المواضع يأمر الموجب بالإيقاع فنقول يقال له: أوقع هذا إشارة إلى أن الإيجاب المبهم غير نازل، وإن البيان إيقاع وفي بعض المواضع يأمره بالبيان، فنقول: يقال له: بين، وهذا إشارة إلى أن الإيجاب المبهم نازل، وأن البيان إظهار والأحكام متعارضة فقد ذكر في «نكاح الأصل» فيمن كان تحته أربع نسوة كو فيات لم يدخل بواحدة منهن، فقال: أحداكن طالق ثم تزوج مكية جاز، وهذا إشارة إلى أن الطلاق المبهم نازل أو لم يكن نازلاً كان المكية الخامسة ينبغي أن لا يجوز نكاحها.

وذكر في «الزيادات»: رجل له امرأتان رضيعتان قال: إحداهما طالق ثلاثاً، ولم يبين الطلاق في أحديهما حتى جاءت امرأة وأرضعتهم بانتا، وهذا إشارة إلى أن الإيجاب المبهم غير نازل إذ لو كانت نازلاً كانت الأختية طارئة بعد بينونية إحديهما وأنها لا توجب حرمة الثانية بعد هذا قال بعض مشايخنا في المسألة زوايتان، على رواية الزيادات: الإيجاب المبهم غير نازل في المحل وعلى رواية الأصل نازل، وبعضهم قالوا: المذكور في «الزيادات» قول أبي حنيفة رحمه الله، والمذكور في «الأصل» قولهما، وبعض المشايخ قالوا: الإيجاب المبهم في الطلاق والطلاق لا ينزل في المحل أصلاً بالإنفاق، إلا أن يوجد من الموقع فعل يصير به موقعاً في العتق كما في العبدين لو باع أحدهما أو وهب أو تصدق.

وفي الجاريتين إذا وطىء أحديهما عند أبي يوسف [٣٢٦ب/١] ومحمّد رحمهما الله. إذا ثبت هذا فيقول في مسألة النكاح وجد من الزوج فعل مستدل به على إيقاع الطلاق في العين، وهو إقدامه على نكاح المكية، فإن الظاهر من حال العاقل المسلم أن يقصد بتصرفه الصحة، ولا صحة لنكاح المكية دون وقوع الطلاق على إحدى الكوفيات بفعله، أما في مسألة «الزيادات» لم يوجد من الزوج بعد قوله: إحداكما طالق فعل مستدل به على البيان فكان النكاح باقياً فيها من كل وجه، فوجد الرضاع بعده، وهما منكوحتان له قياساً. وعامتهم على أن الإيجاب المبهم نازل من وجه دون وجه؛ لأن قوله إحداكما طالق نكرة في الأصل، فإن قوله: إحدى إسم نكرة معرفة باعتبار الإضافة فإنه أضاف إليهما وهما معروفان، والمضاف إلى المعرفة معرفة فكان معرفة من وجه دون وجه فكان البيان إنشاء من وجه إظهاراً من وجه.

بعد هذا اختلفوا فيما بينهم، بعضهم قالوا: يعتبر جهة الإنشاء في محل التهمة، وجهة الإظهار في غير محل التهمة، وبعضهم قالوا: يعتبر جهة الإظهار في حق حكم يختص بالموقع، وجهة الإنشاء في حق حكم يختص بالمحل وهو الأصح؛ لأن الإيجاب المبهم نازل في حق الموقع غير نازل في حق المحل وكل حكم يختص بالموقع فالإطلاق والعتاق يكون نازلاً فيه، فيعتبر البيان فيه إظهاراً. وكل حكم يختص بالمحل فالطلاق

والعتاق لا يكون نازلاً فيه، فيعتبر فيه إنشاء، إذا ثبت هذا فنقول: حرمة الجمع بين الخمس لمعنى يرجع إلى الزوج، وهو أن حقه لا يسع للخمس، والإيجاب المبهم واقع في حقه، فلم يكن جامعاً بين الخمس، فأما حرمة الجمع بين الأختين لمعنى يرجع إليهما وهو صيانتهما عن قطيعة الرحم، والإيجاب المبهم غير واقع في حقهما فيصير جامعاً بينهما.

وفي «فتاوىٰ أبي الليث» رحمه الله: إذا قال لأمتيه: إحداكما حرة، فسئل عن إحديهما بعينها، فقال: لم أعن هذه تعتق الأخرى، ولو سئل عن الأخرى فقال: لم أعن هذه عتقت الأولى أيضاً، فيعتقان جميعاً، وذكر هذه المسألة في «العيون» ووصفها في العبدين، وأجاب بما أجاب في «النوازل»: قال في «النوازل»: وكذلك هذا في الطلاق، فرق بين الطلاق والعتاق والإقرار، فإن من قال لآخر: لهذين رجلين علي ألف درهم، فقيل له: أهو هذا لأحدهما بعينه، فقال: لا، لا يجب للآخر شيء، وأشار الصدر الشهيد رحمه الله في «واقعاته» إلى الفرق، فقال: البيان في الطلاق والعتاق مستحق عليه، ولهذا يجبر عليه، فجعلنا نفي أحدهما تعييناً للآخر ضرورة إخراجه عن عهدة الواجب، أما البيان في الأقرار غير مستحق عليه، ولهذا لا يجبر عليه. ولا ضرورة إلى أن يجعل نفي أحدهما تعييناً للآخر.

وفيما ذكر من الجواب في فصل الطلاق والعتاق نوع إشكال؛ لأن العتق المبهم صورة أن لا يعين واحداً منهما بعينه. فقوله: لم أعن هذا بعينه بيان صورة العتق المبهم، فكيف يقع به الطلاق والعتاق. في «العين» وفي «فتاوىٰ أهل سمرقند» إذا قال: أمة وعبد من رقيقي حران، ولم يبين حتى مات وله عبدان وأمة عتقت الأمة، ومن كل واحد من العبدين نصفه، ويسعى كل واحد في نصفه. ولو كان له ثلاثة، أعبد وأمة عتقت الأمة، ومن كل واحد من العبيد ثلثه، ويسعى كل واحد منهم في ثلثيه، ولو كان له ثلاثة أعبد وثلاث إماء عتق من كل واحد من العبيد والإماء الثلاث ويسعون في الباقي، ولو كان له ثلاثه أعبد وأمتان، عتق من كل أمةٍ نصفها وسعت في النصف وعتق من كل عبد ثلثه، ويسعى في الثلثين. وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل.

قال محمّد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجل قال لعبديه: أحدكما حر، ثم باع أحدهما أو مات أحدهما عتق الآخر، أما إذا مات أحدهما؛ لأن بالموت لم يبق محلاً لإنشاء العتق فلا يبقى محلاً للبيان؛ لأن البيان إنشاء في حق محل العتق. وإذا لم يبق الميت محلاً للبيان تعين الحي ضرورة، وروي عن محمّد رحمه الله فيمن قال: أحد هذين التي أو أحدهما بين أم ولدي، فمات أحدهما لم يتعين القائم للحرية وللاستيلاد عدا إخباره عن أمر سابق، والإخبار يصح في الحي والميت جميعاً، بخلاف البيان؛ لأنه في حكم الإنشاء، فلا يصح إلا في الحي والميت.

ولو مات المولى قبل البيان عتق كل واحد نصفه ولا خيار للوارث؛ لأن خيار التعيين يعرف في اللفظ، والوارث لا يقوم مقامه فيما يرجع إلى التصرف في اللفظ،

بخلاف خيار التعيين في باب البيع، فإنه إذا اشترى أحد الثوبين على أنه بالخيار بأحدهما شيئاً يأخذ برد الأخر ثم مات قبل التعيين كان الخيار للوارث؛ لأن هناك الإرث يجري من علة الخيار، وهو ملك أحدهما مجهولاً؛ فإن الوارث يقوم مقام المورث في الملك، ثم الخيار يثبت له ابتداء بناء على هذه العلة، أما ههنا تعيين الخيار لا يورث وعليه إيجاب العتق في المجهول، وهذا أيضاً لا يجري فيه الإرث، فإذا بطل له ولاية الخيار فاتت ولاية البيان، وإبطال العتق لا وجه له وليس أحد العبدين بأولى من الآخر، فلم يبق ها هنا وجهاً سوى الشيوع.

وأما إذا باع أحدهما، أو رهنه، أو كاتبه، أو دبره، أو استولد أحدهما، أو باع بشرط الخيار لنفسه، أو للمشتري، أو باع بيعاً فاسداً، ولم يسلم أو سلم أو ساوم أو. . . .[1] به آو أجر، أو زوج أحديهما، أو حلف على أحديهما بالحرية، إن فعل شيئاً فهذا كله اختيار للعتق في الآخر. والأصل: أن التعيين كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة، وقد وجدها هنا دلالة التعيين لأن هذه التصرفات بياناً فيه دلالة لا يصح إلا في المملوك ملك اليمين، فصار الإقدام على هذه التصرفات بياناً فيه دلالة أن هذا المحل مملوك ملك يمين، ومن ضرورة تعين الأخرى للحرية، ولهذا سوى في البيع الفاسد بين التسليم وعدم التسليم؛ لأن انتقاء العتق عنه ما كان ضرورة ثبوت الحكم، وإنما كان دلالة الإقدام على تصرف يختص بالملك.

وروي عن محمّد رحمه الله أن اليمين إذا كانت سابقة على الحرية المجهولة فعتق أحدهما بوجود الشرط يعتق الآخر؛ لأن الذي عتق بوجود الشرط لم يبق. . . .[1] البيان فصار كما لو مات، وذكر محمّد رحمه الله في «الإملاء»: إذا وهب أحدهما أو تصدق به وسلم عتق الآخر، ذكر التسليم وإنه. . . .[1] لا أنه شرط، فإن التعيين دلالة يقع بالإقدام على تصرف يختص بالملك، فلا يتوقف على القبض. وقال أبو يوسف ومحمّد رحمه الله [٣٢٧ب/ ١] إذا وطىء أحديهما كان وطؤه بياناً للعتق في الأخرى وإنه معروف، وعن أبي يوسف رحمه الله: أن التقبيل والنظر إلى الفرج بشهوة كالوطء؛ لأنهما يختصان بملك المتعة كالوطء، ولو استخدم أحديهما لم يكن اختياراً في قولهم جميعاً؛ لأن الاستخدام لا يختص بالملك، ولو أعتق أحدهما بعينه ثم قال: أردت به ذلك العتق، فالقول قوله؛ لأن الأول في حق العتق معلق بالبيان، فكان البيان إعتاقاً، ولهذا يقال له: أوقع العتق على أيهما شئت.

فإذا قال: أردت بذلك العتق السابق كان مدعياً حقيقة كلامه، فكان مصدقاً في القضاء ولو باعهما صفقه واحدة فسد البيع فيهما؛ لأن العتق نزل في أحديهما نكرة، والمنكر فيهما، فيصير جامعاً بين الحر والعبد في صفقة واحدة من غير بيان اليمين فيفسد البيع بالاتفاق وإذا وهبهما أو تصدق بهما أو تزوج عليهما فإنه يجبر على البيان في

---
(١) بياض بالأصل.

أحديهما وتجوز الهبة والصدقة والإمهار في الآخر؛ لأن ضم الحر إلى العبد في هذه العقود لا يوجب بطلان هذه العقود؛ لأن ضم الحر إلى العبد يجري مجرى الشرط الفاسد، وهذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة، بخلاف البيع، ولو لم يعين حتى مات بطلت هذه التصرفات؛ لأن الحرية شاعت فيهما، ومعتق البعض لا يقبل النقل من ملك إلى ملك، وهذا لأن الملك فيما هو مملوك لا يثبت بهذه التصرفات قبل التعيين؛ لمكان الجهالة، فيتوقف عمل هذه التصرفات في إفادة الملك على التعيين، فقبل ذلك كانا على حكم ملك المولى فيشيع العتق فيها بموته، وتبطل هذه التصرفات.

ولو باعهما من رجل صفقة واحدة وسلمهما إليه، فأعتقهما المشتري أجبر البائع على البيان؛ لأن خيار البائع في البيان لم يبطل ببيعهما ولا بإعتاق المشتري إياهما؛ لأن المشتري قبضهما بحكم عقد فاسد وأحدهما حر والآخر عبد، فملك العبد منها بالقيمة إذ الجهالة لا تمنع الملك الفاسد بالبيع، فإذا عين البائع العتق في أحدهما تعين الملك الفاسد في الآخر، وعتق الآخر على المشتري بالقيمة، فإن مات البائع قبل البيان يقال للورثة بينوا، وإذا بينوا عتق الآخر على المشتري، ولا يشيع العتق فيهما، وآخر الملك دال عن العبد منهما بالبيع الفاسد، فتعذر القول بالشيوع وبقي الخيار وقام الوارث مقام المورث، وليس يثبت الخيار للوارث في هذه الصورة بطريق الإرث، وإنما يثبت الخيار له ابتداء؛ لأنه استحق قيمة أحد العبدين فكان منهم التعيين كما قلنا فيمن باع أحد عبديه على أنه بالخيار، وقبضهما المشتري فماتا في يده ثم مات البائع كان لورثة البائع خيار التعيين، فإن لم يعتقهما المشتري ولكن مات البائع لم يشع العتق فيهما؛ لأن الملك دال عن العبد منهما بالبيع الفاسد، فلا يمكن القول بالشيوع، إلا أن العتق الفاسد يستحق بعضه، فبعد البعض يعود العبد إلى قديم ملك البائع ويشيع العتق فيهما بموت البائع قبل البيان، فأما قبل القبض يبقى العبد على ملك المشتري، فلا يمكن القول بشيوع العتق.

ولو قتلهما رجل معاً فعلى القاتل نصف قيمة كل واحد منهما للمولى، ونصف دية كل واحدة منهما لورثتهما، هكذا ذكر في بعض الكتب، وذكر في «الأصل»: عليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر وعبد؛ لأن العتق ترك في المنكر، والمنكر فيهم. . .[1] فقد قتل حراً وعبداً، إلا أن محمّداً رحمه الله أضاف القيمة إلى كل واحد، ولم يضف الدية إلى كل واحد؛ لأن دية الحر لا تتفاوت، فأما القيمة متفاوتة، فلو قال: عليه دية حر وقيمة عبد. . .[1] يدفع أقل القيمتين، والمولى يطالبه بأكثرهما وأوجب من قيمة كل واحد منهما قطعاً للمنازعة، إلا أن القيمة تجب للمولى؛ لأنها وجبت بإزاء العبد، والدية بدل الحر فتكون لورثتهما.

وإن قتل أحدهما بعد الآخر فعلى القاتل قيمة الأول ودية الثاني؛ لأن الأول بالقتل خرج من أن يكون. . . .[1] من الثاني فتعين دية الثاني؛ لأن للأول بالقتل الحرية،

(١) بياض بالأصل.

فحصلت الجناية عليه بعد الحرية، فيجب ديته. وإن قتل كل واحد منهما رجل معاً فعلى كل واحد من القاتلين قيمة عبد؛ لأن قتل كل واحد صادف المعتق، والمعتق في حق المعين معلق بالبيان، بخلاف ما إذا قتلهما رجل واحد منهما بعينه، فإذا قتلهما رجل واحد صار قاتلاً حراً وعبداً.

وإذا قتل كل واحد منهما رجل واحد كان كل واحد منهما قاتلاً عبداً فيجب على كل واحد منهما قيمة عبد، ويكون نصف ذلك للورثة والنصف للمولى؛ لأن في حق المولى الحرية بدله، فلا يستحق بدلهما، فيتوزع ذلك نصفين. ولو قتل كل واحد منهما رجل على التعاقب، فعلى الأول قيمة المقتول الأول لمولاه، وعلى الثاني قيمة المقتول الثاني لورثته، ولو قطع رجل يد كل واحد منهما معاً أو أحدهما بعد الآخر كان عليه أن يبين العبد منهما جميعاً، بخلاف ما إذا قتلهما رجل واحد، فقد جعل الواحد في القتل إذا قتلهما معاً قاتلاً لما . . . .[1] للمجهول الذي هو حر، ولم يجعل الواحد في القطع إذا قطع يدهما قطعاً للمجهول الذي هو حر.

والفرق: أن المقطوع يده بالقطع لم يخرج من أن يكون محلاً للبيان، فيجبر المولى على البيان ومتى بين العتق في أحدهما يصح بيانه في حق الأصل؛ لأنه قائم، وفي حق اليد بطريق التبعية والأطراف تبع، ولا يراعى البيع بشرائط الأصل، وإذا صح البيان في اليد والأصل جميعاً والبيان في حكم الإنسان من وجه، وفي حكم الإظهار من وجه لا يجب في الذي تبين العتق فيه زيادة على نصف القيمة بالشك، وبقي الآخر عبداً ابتداءً وانتهاءً، فلم يصر القاطع قاطعاً يد حر مجهول، وفي القتل لما لم يبق، ولأنه البيان، بقي الحر مجهولاً كذلك، وقد صار قاتلاً كذلك المجهول متى قتلهما معاً، فكان دية حر ونصف قيمة كل واحد منها من اكتسب من المال قبل التعيين، فهو للمولى؛ لأن الكسب يجوز أن يملكه من لا يملك الأصل، والأرش لا يملكه إلا مالك الأصل، فإذا . . . .[1] المولى الأرش؛ لأن بملك الكسب كان أولى.

وإن كانتا أمتين، وولدت كل واحدة ولداً أو ولدت إحداهما فإنه يعتق ولد الذي اختار المولى إيقاع العتق عليها؛ لأن كل واحدة منهما تردد حالها بين الرق [٣٢٧ب/ ١] والحرية، فصارت في معنى المكاتبة، وبالمكاتبة يعتق ولدها بعتقها. ولو ماتت الأمتان معاً أو قتلتا معاً خير المولى على أن يوقع العتق على أي الولدين شاءَ؛ لأن الولدين جزء الأمتين، فقاما مقام الأمتين، ولا يرث الابن المعتق . . . .[1] أن للابن الذي عينه للعتق بعد قتل الأمتين معاً لا يرث من بدل الأم شيئاً لأن هذا الولد إنما عتق بالتعيين، وذلك مؤخر عن قتل الأم، فلهذا لا يرث شيئاً. وإن مات أحد الولدين حال حياة الأمتين لم يلتفت إلى ذلك؛ لأن الأمتان لما كانتا قائمتين كان خيار التعيين باقياً تبعاً للأصلين، ولا يؤثر موت أحد الولدين في تعيين الأحد للحرية، بخلاف ما إذا مات أحد الولدين بعد

(١) بياض بالأصل.

موت الأمتين؛ لأن بعد موت الأمتين الخيار إنما بقي باعتبار الولدين، فصار موت أحدهما في هذه الحالة كموت إحدى الجارتين حال بقائهما، وهناك يتعين الآخر للعتق، وكذا إذا مات أحد الولدين بعد موت الجارتين بخلاف ما إذا مات أحد الولدين بعد موت الجاريتين والجاريتان قائمتان.

وفي «الجامع» إذا قال الرجل لعبدين له: إذا جاء غد فأحدكما حر ثم مات أحدهما اليوم أو أعتقه، أو باعه أو وهبه وقبضه الموهوب له، ثم جاء الغد يعتق الباقي وكان ينبغي أن لا يعتق الباقي ها هنا من غير نية؛ لأن المعلق بالشرط عند وجوب الشرط كالمرسل، ولو أرسل بعد ضحى الغد وقال: أحدكما حر وقد مات أحدهما أو زال عن ملكه بما ذكرنا من الأسباب لا يعتق الباقي من غير نية، كذا ها هنا.

والجواب: أن الإيجاب ها هنا قد صح لكون العبدين في ملكه وقعت الحاجة إلى بقاء الإيجاب، والبقاء يستدعي قيام محل الحكم، فأحدهما بعينه يصلح محلاً له، ألا ترى أن هذا الاسم قد نطلق عليه، وأنه يصح صرف الإيجاب إليه فاستقام القول ببقاء الإيجاب، وإذا بقي الإيجاب. . . . .[1] صح للباقي يتعين الباقي. فصار تقدير المسألة: إذا جاء غد وأحدكما في ملكي فهو حر. أما ابتداء الإيجاب بعد ما مات أحدهما أو زال عن ملكه لا يصح لعدم شرطه، وهو مزاحمة الآخر؛ لأن الإبهام لا يصح إلا بمزاحم، وهو نظير ما لو قال للمختلعة: أنت ثاني ونوى الطلاق لا يقع به شيء، ولو علق الإبانة بالشرط ثم خالعها، ثم وجد الشرط وقع عليها تطليقة بائنة والمعنى ما ذكرنا.

فإن قال المولى قبل مجيء الغد: اخترت أن يقع العتق إذا جاء غد على هذا العبد بعينه كان باطلاً؛ لأن في تعيين أحدهما قبل مجيء الغد تغيير اليمين؛ لأن اليمين انعقدت على أن يعتق عند مجيء الغد أحدهما لا بعينه ولو صح هذا التعيين عتق عند مجيء الغد أحدهما بعينه والحالف لا يملك تغيير موجب اليمين كما لا يملك إبطاله، وكان بمنزلة ما لو حلف لا يكلم أحد هذين الرجلين ثم عين أحدهما لليمين لا يصح، حتى لو كلم الذي لم يعينه يحنث في يمينه والمعنى ما ذكرنا، وكان القياس فيما إذا كان العتق على هذا الوجه مرسلاً أن لا يملك تعيين العتق في أحدهما بعينه لما فيه من تعيين موجب الإيجاب، لكن تركنا القياس ثمة ضرورة لمكان العمل بالعتق الواقع من ولاية الشهادة والقضاء والحمل، فلا يقبل التنصيف من الحدود. وغير ذلك؛ لأن العمل بهذه الأحكام لا يمكن إلا بعد تعيين أحدهما، وهذه الضرورة معدومة المعلق لأن العتق المعلق؛ غير نازل قتل وجود الشرط فإن قيل: أليس إن قبل مجيء الغد ملك التعيين بالبيع، فإنه إذا باع أحدهما يتعين الآخر للعتق وإن كان فيه تعيين موجبه اليمين. قلنا: هناك إنما ثبت التعيين حكماً لنفاذ البيع في أحدهما، إذ الموجب للنفاذ قائم وهو الملك، والشيء قد يثبت حكماً لغيره وإن كان لا يثبت مقصوداً على ما عرف.

---

(١) بياض بالأصل.

وفي «الجامع» أيضاً: إذا قال الرجل لعبدين له: إذا جاء غد فأحدكما حر، ثم باع أحدهما ثم اشتراه قبل مجيء الغد، أو باعهما ثم اشتراهما قبل مجيء، الغد ثم جاء الغد، ثم باع الآخر ولم يشتره حتى جاء الغد عتق الذي في ملكه عند مجيء الغد ولا يبطل اليمين بالبيع؛ لأنه لو بطل بطل من حيث أن بالبيع يزول الملك جميعاً فلا يبطل بزوال أحدهما وهو الملك، أو لأن قيام الملك إنما يشترط حال انعقاد اليمين وحال نزول الجزاء؛ إلا فيما بين ذلك.

وإذا لم يبطل اليمين ينظر إلى حال وجود الشرط فإن كانا في ملكه عتق أحدهما غد لقيام المزاحمة ومحلية البيان. وإن كان أحدهما في ملكه يتعين هو للعتق لانعدام المزاحم، ولو باع نصف أحدهما ثم جاء الغد عتق الكامل؛ لأنه لا مزاحم له؛ لأن نصف العبد لا يزاحم العبد الكامل في استحقاق اسم الأحد. ولو باع نصف كل واحد منهما إذا جاء الغد عتق أحدهما، والبيان إليه؛ لأنهما استويا من حيث إن اسم الأحد لا ينطلق على كل واحد منهما من طريق الحقيقة، واستويا من حيث إن كل واحد منهما بعض الأحد، واسم الأحد إن كان لا ينطلق على النصف من طريق الحقيقة، ينطلق عليه من طريق المجاز بطريق إطلاق اسم الكل على البعض، وإذا لم يبق ما في ملكه ما ينطلق عليه هذا الاسم من طريق الحقيقة وقع على المجاز وهما في ذلك على السواء، فيعتق أحدهما فيكون البيان إليه.

فإن قيل: ينبغي أن يبطل اليمين ها هنا لأن المعقود عليه قد فات؛ لأن اليمين انعقدت موجبة عتق أحدها ولم يبق ها هنا من يستحق هذا الاسم وفوات المعقود عليه يوجب بطلان اليمين. قلنا: ما فات كل المعقود عليه إنما فات بعضه فوات العقد ضرورة فوات المحل فيتعذر بقدر فوات المحل.

ألا ترى أن من قال لعبدين له: إذا جاء غد فأنتما حران، ثم باع أحدهما، ثم جاء الغد عتق الباقي، ومعلوم أن العقد عقد على الإثنين وبعد بيع أحدهما لم يبق من ينطلق عليه هذا الاسم وفوات المعقود عليه، لكن قيل: فإن بعض المعقود عليه، لا يوجب بطلان العقد في الكل كذا ها هنا، وألا ترى أن من قال: هذان العبدان الأبيضان حران أو هذان الأسودان، فمات أحدهما أي أحد الأسودين عتق الأبيضان من غير خيار، ولو مات أحد الأسودين وأحد الأبيضين كان له الخيار، وإن فات المعقود عليه مع هذا لم يبطل اليمين لما ذكرنا أنه فات [٣٢٨أ/ ١] بعض المعقود.

وفي «البقالي»: إذا قال: هذا حر هذا. . . .(١) عتقا. ولو قال: هذا حر عتق الثاني، ولو قال: هذا حر هذا إن دخل الدار، عتق الأول في الحال والثاني عند الشرط، ولو قال: هذا حر إن دخل الدار هذا حر إن كلم فلاناً، فكما قال يعني: يعتق الأول إذا دخل ويعتق الثاني إذا كلم فلاناً. ولو قال: أحدكما حر إن شاء ثم قال: أحدكما حر،

(١) بياض بالأصل.

فشاء أحدهما عتقا، وإذا جمع بين عبده وبين من لا يعتق عليه العتق، كالبهيمة والحائط وقال: عبدي حر أو وهذا أو قال: أحدهما حر عتق عبده عند أبي حنيفة، وقالا: لا يعتق عبده، كذا ذكر في بعض المواضع، وذكر في بعض المواضع قول أبي يوسف مع أبي حنيفة، وجه قول من قال إنه لا يعتق العبد إن كلمّهُ، وإذا دخلت بين شيئين أوجبت الشك فصار في حق العبد، كأنه قال: أنت حر أولاً، ولو نص عليه هذا لا يعتق العبد كذا ها هنا. واعتبره بما إذا جمع بين عبيده، وبين عبد غيره، وقال: ذلك وجه قول أبي حنيفة رحمه الله إن الشك إنما يقع بحكم كلمة، أو إذا صح الضم وإنما يصح الضم إذا كان كل واحد منهما قائلاً بحكم ما أضيف إليهما، والمضموم ها هنا لا يقبل الحرية فلغى الضم فصار العبد هو المعتق، وجاز إيقاع العتق على المعتق بهذا اللفظ كما نوى الإيقاع عبده.

وذكر محمّد رحمه الله في عتاق «الأصل» إذا قال: أحد عبيدي حر ولا يعلم له إلا عبد واحد عتق عبده، وهذا بخلاف ما لوجمع بين عبده وبين عبد غيره؛ لأن عبد الغير محل للعتق، ولهذا جاز عتقه بإجازة مولاه فصح الضم، أما ها هنا بخلافه وروى ابن سماعة محمّد رحمه الله أنه إذا جمع بين عبده وبين مالا يقع عليه العتق وقال: هذا حر أو هذا لا يعتق عبده، ولو قال: أحدكما حر عتق عبده.

والفرق: أنه إذا قال: هذا حر هذا فقد أدخل كلمة الشك فصار في حق عبده كأنه قال أنت حر أو لست بحر، وإذا قال: أحدكما حر فهنا أدخل كلمة الشك بل وصف أحدهما بالحرية والعبد متعين لذلك، فانصرف إليه.

ولو جمع بين أمة حية وبين ميتة وقال: أحدكما حرة لا تعتق الحية؛ لأن الميتة توصف بالحرية إخباراً. يقال: فلانة ماتت حرة فلا تتعين الحية لهذا الوصف والله أعلم.

الفصل الخامس
في إعتاق بعض الرقيق

وإذا أعتق الرجل بعض العبد بأن أعتق نصفه أو ثلثه أو ربعه فهذا على وجهين: أما إن كان العبد كله له أو كان العبد مشتركاً بينه وبين غيره؛ فإن كان العبد كله له فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يعتق قدر ما أعتقه ويبقى الباقي رقيقاً، إن شاء أعتقه وإن شاء استسعاه. وقال أبو يوسف ومحمّد رحمهما الله: يعتق كله، ولا سبيل له على العبد، وإن كان العبد مشتركاً بينه وبين غيره فأعتق نصيبه فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يعتق نصيبه لا غير، سواء كان المعتق موسراً أو معسراً؛ إلا أنه إن كان موسراً فللساكت في نصيبه خيارات ثلاثة: إن شاء أعتق نصيبه، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه، وإن شاء استسعى العبد في نصيبه. وإن كان معسراً فله خياران: إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى. ومن أعتق أو استسعى قالوا بينهما نصفان، وإذا ضمن المعتق بأن كان المعتق موسراً رجع المعتق بما ضمن على العبد عند أبي حنيفة رحمه الله، فالعبد لا يختص له عن السعاية على قول أبي حنيفة رحمه الله.

وفي «المنتقى» إذا اختار الساكت تضمين المعتق فله أن يستسمي العبد في ذلك قبل أن يؤدي، وإذا أخذ المعتق ذلك من العبد كان الولاء كله له، وعلى قول أبي يوسف عتق كل العبد في الحالين إلا أن المعتق إن كان موسراً ضمن قيمة نصيب الساكت، وإن كان معسراً فالعبد يسعى في نصيب الساكت والولاء كلّه للمعتق في الحالين، والمسألة بحججها معروفة في «الأصل»، ولهذه المسألة فروع، فمن جملتها: معرفة قدر اليسار في ضمان الإعتاق، والمروي فيه عن محمّد رحمه الله: أنه إذا كان مالكاً مقدار قيمة نصيب الساكت من المال والعروض سوى ملبوسه وقوت يومه فهو موسر وعليه عامة المشايخ. ومن المشايخ من اعتبر اليسار. . .[1] للصدقة، وبنحوه روي عن أبي حنيفة رحمه الله، فقد روى الحسن بن زياد عنه أنه قال: الموسر الذي له نصف القيمة سوى المنزل والخادم ومتاع البيت . . .[1] والصحيح ما روي عن محمّد رحمه الله؛ لأن الحاجة إلى. . .[1] العبد عن السعاية أو إلى دفع الضرر عن الشريك الساكت ضرر الإفساد فتتعين المقدرة عليه ولا يعتبر ضرورة.

ومن جملة ذلك ما روي عن أبي يوسف أن المعتق إذا كان معسراً وجبت السعاية على العبد، فلم يسع، فهو بمنزلة حر عليه دين إلى أن يقضيه.

والحكم في حر هذا حاله أنه إن كان ممن يعمل بيده أو له عمل معروف أنه مؤاجر من رجل ويؤاجره فيقضيانه دينه فها هنا كذلك، وإن كان العبد صغيراً والمعتق معسراً فأراد الآخر أن يؤاجره فإن كان الغلام يفعل ورضي بذلك جاز عليه وكان الآخر للذي لم يعتق قضاء من حقه، ومن جملة ذلك: أن قيمة العبد في الضمان والسعاية يعتبر يوم الإعتاق؛ لأن سبب الضمان الإعتاق فتعتبر القيمة في ذلك الوقت كما في الغصب، ومن جملة ذلك: أن حال المعتق في اليسار والعسار يعتبر يوم الإعتاق؛ لأن النسب ينعقد في ذلك الوقت، فإذا كان موسراً وقت الإعتاق وجب الضمان لوجود السبب وهو موسر، فلا يسقط بالعسار الطارىء. وإذا كان معسراً وقت الإعتاق ثم أيسر من بعد فالإعتاق حال وجوده لم ينعقد موجباً للضمان فلا يجب الضمان بعد ذلك.

ومن جملة ذلك: إذا اختار الساكت ضمان المعتق إذا كان المعتق موسراً ثم أراد أن يرجع عن ذلك، واستسعى العبد، فله ذلك ما لم يقبل المعتق الضمان أو يحكم به الحاكم، وهذه رواية ابن سماعة عن محمّد عن أبي حنيفة رحمهم الله، وذكر في «الأصل»: إذا اختار التضمين لم يكن له اختيار السعاية من غير تفصيل، ولو اختار استسعاء العبد لم يكن له اختيار التضمين بعد ذلك رضي العبد بالسعاية أو لم يرض باتفاق الروايات، وهذا إنما يأتي على قول أبي حنيفة رحمه الله. فأما على قول أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله: للساكت الضمان إذا كان المعتق موسراً ليس له غير ذلك وله السعاية، إذا كان المعتق معسراً ليس له غير ذلك، فمن مشايخنا من قال: ما ذكر

---

(١) بياض بالأصل.

[٣٢٨ب/١] في «الأصل» مجهول على تفصل ابن سماعة؛ لأن سقوط حقه في الاستسعاء بناءً على تعذر حقه في الضمان، وحقه في الضمان لا يتعذر ما لم يتم تمليك نفسه من المعتق، وذلك إنما يكون بالقضاء أو بالرضا. وكان الفقيه أبو بكر الرازي رحمه الله هكذا يقول في العاجب مع عاجب العاجب إذا اختار المالك تضمين أحدهما، فقبل القضاء والرضا إذا أراد أن يرجع عن ذلك ويضمن الآخر كان له ذلك، بخلاف ما إذا اختار استسعاء العبد؛ لأنه ليس فيه تمليك من أحد بل فيه تقدير لملكه وإبراء المعتق عن الضمان، وهذا لا يتوقف على القضاء والرضا.

ومن المشايخ من قال: في المسألة روايتان: وجه رواية ابن سماعة ما مر وجه ما ذكرنا في «الأصل»: أن اختياره تضمين المعتق يتضمن إبراء العبد عن الضمان، وتمليك المضمون من المعتق، والملك في المضمون إن كان يتوقف على القضاء والرضا فإبراء العبد عن السعاية يتم للمشتري، فلا يبقى له حق في السعاية بعد ذلك.

ومن جملة ذلك إذا مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئاً والمعتق موسر، فأراد تضمين المعتق فله ذلك في المشهور عن أبي حنيفة، وروي عن أبي حنيفة رحمه الله في غير رواية الأصول: أنه ليس له ذلك، وجه تلك الرواية أن شرط التضمين أن يصير نصيب الساكت مملوكاً للمعتق بالضمان والميت لا يحتمل التمليك والتملك. وجه المشهور: إن وجوب الضمان والإعتاق لأن الفساد به يتحقق في وقت الإعتاق كان محلاً للتمليك، فلا يمتنع الضمان بسبب الموت كما في العبد المحجور. ذكر هذا الفصل على هذا الوجه في شرح «القدوري».

وذكر شيخ الإسلام في شرحه: إذا مات العبد وترك كسباً اكتسبه بعد العتق فللساكت تضمين المعتق بلا خلاف. وهل له أن يأخذ السعاية من كسب العبد؟ اختلف المشايخ فيه منهم من قال: له ذلك، وإليه مال الحاكم أبو نصر رحمه الله في «الأصل»، وعامة المشايخ على أنه ليس له ذلك. قال: وإليه أشار محمّد رحمه الله في «الأصل» هذا إذا مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئاً والمعتق موسر، فأما إذا كان المعتق معسراً وباقي المسألة بحالها فللساكت أن يأخذ السعاية من كسب العبد إن ترك العبد كسباً اكتسبه بعد العتق بلا خلاف، وإن لم يترك العبد كسباً اكتسبه بعد العتق بقيت السعاية ديناً على العبد إلى أن يظهر له مال، أو يتبرع عنه متبرع باذل ما عليه إن. . . [1] الساكت، وإن كان العبد قد ترك مالاً اكتسب بعضه قبل العتق وبعضه بعد العتق فما كان الكسب قبل العتق فهو بين الموليين، وما كان الكسب بعد العتق فهو للعبد، وإن كان لا يعلم متى اكتسبه فهو بمنزلة ما لو اكتسبه بعد العتق؛ لأنه اكتسبه حادثاً فيحال لحدوثه على أقرب ما ظهر وذلك ما بعد العتق.

ومن جملة ذلك: أن الشرط. . . [1] الساكت إذا مات فلورثته ما كان له من العتق

---

(١) بياض بالأصل.

والسعاية ويضمن المعتق إن كان موسراً عند أبي حنيفة رحمه الله يختارون أي ذلك شاؤوا، وليس معنى قوله لورثته من العتق ما كان له حقيقة العتق؛ لأن حقيقة العتق لا يصح من الورثة عند أبي حنيفة؛ لأن معتق البعض عند أبي حنيفة رحمه الله بمنزلة المكاتب، والمكاتب لا تورث رقبته وإنما يورث ما عليه من بدل الكتابة.

وإذا لم تصر رقبة المكاتب ميراثاً لورثة الساكت لا يصح منهم حقيقة العتق، وإنما أراد به الإبراء عن السعاية، والعتق يصلح كناية ومجازاً عن الإبراء عن السعاية؛ لأن بدل الكتابة يورث، فكذا ما وجب على معتق بعض المال؛ لأنه في معنى الكتابة. فصار تقدير المسألة: فلورثة الساكت ما للمورث من الإبراء عن السعاية، واستقبالها وتضمين المعتق.

ومن جملة ذلك: العبد إذا كان بين جماعة أعتق أحدهم نصيبه، واختار بعض الساكتين السعاية في نصيبه، وبعضهم الإعتاق، وبعضهم الضمان فلكل واحد ما اختار عند أبي حنيفة رحمه الله. وإن مات بعض الساكتين بعد ذلك، ووقع الاختلاف بين ورثته، فاختار بعضهم الضمان، وبعضهم السعاية، وبعضهم العتق. روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه ليس للورثة بمنزلة، إلا أن يضمنوا جميعاً ويعتقوا أو يختاروا السعاية؛ لأن الورثة بمنزلة المورث وما كان للمورث . . . .[1] الاختيار، بل إن شاء ضمن الكل أو أعتق الكل أو استسعى فكذلك لورثته، وروى محمّد عن أبي حنيفة رحمه الله أن لهم ذلك؛ لأن نصيب الميت انتقل إليهم حكماً فصاروا. . . . .[1] في «الأصل».

ومن جملة ذلك: أن المعتق مع الساكت إذا اختلفا في قيمة العبد يوم الإعتاق، فهذه المسألة على وجوه، إن اتفقا حصل في الحال ولكن اختلفا في قيمته في الحال وأنه على وجهين:

الوجه الأول: إن كان العبد قائماً لا يلتفت إلى قولهما، ولكن يقوم العبد للحال وبعض على المعتق بنصف قيمته في الحال؛ لأنه أمكن اعتبار ما وقع فيه الدعوى بالإعتاق، فلا يلتفت إلى قولهما. وإن كان العبد هالكاً فالقول قول المعتق؛ لأنه تعذر معرفة ما وقع فيه الدعوى بالمعاينة فيعتبر الدعوة والإنكار، فالساكت يدعي زيادة على المعتق، والمعتق ينكر.

والوجه الثاني: إذا اتفقا على أن الإعتاق كان قبل هذا الوقت بأيام، واختلفا في مقدار قيمته يوم الإعتاق ذكر شيخ الإسلام في «شرحه»: أن القول قول المعتق، سواء كان العبد قائماً أو هالكاً. فإن كان هالكاً فلا إشكال، وإن كان قائماً؛ لأن قيمة الشيء فيما يزداد، وينتقص بمضي الوقت فلا يمكن بحكم الحال فتعتبر الدعوى والإنكار.

قال محمّد رحمه الله: وكتبت في «شرح السير»: إذا كانت المدة من وقت الإعتاق قريبة ننظر إلى حال العبد، فنعرف قيمته من حاله، وإن كانت المدة بعيدة فالقول قول

(١) بياض بالأصل.

المعتق ولا نحكم الحال؛ لأن المعتبر في المدة القريبة ليس بظاهر، فيمكن بحكم الحال، والمعتبر في المدة البعيدة ظاهر فلا يمكن بحكم الحال، فنجعل القول قول المعتق لإنكاره الزيادة.

الوجه الثالث:[١] إذا اختلفا في وقت الإعتاق وفي قيمته فقال المعتق: أعتقته قبل هذا بسنة، وكان قيمته يوم أعتقته مائة، وقال الساكت: لا بل أعتقته في الحال وقيمته في الحال ألف درهم، فهذا وما لو تصادقا أن العتق حصل في الحال سواء؛ لأن العتق حادث فيحل حدوثه على أقرب ما ظهر، فالذي بدأ الحدوث في الحال فيمسك بالأصل، فيجعل القول قوله، فصار كأن العتق ثبت بتصادقهما في الحال. والجواب فيما إذا وقع الاختلاف في حال المعتق يوم الإعتاق في اليسار والعسار بظهور الجواب فيما إذا وقع الاختلاف في قيمة العبد، هكذا ذكر شيخ الإسلام في «شرحه» في «المنتقى» أنه ينظر إلى حالة المعتق يوم الخصومة، فإن كان موسراً ضمن وإن كان معسراً سعى العبد. وكتبت في «السير»: إذا كانت المدة قريبة بحكم الحال، وإن كانت بعيدة يجعل القول قول المعتق؛ لأنه ينكر حق الرجوع عليه بالتضمين، والجواب فيما إذا وقع الاختلاف بين الساكت والعبد في قيمة العبد أيضاً يظهر الجواب فيما إذا وقع الاختلاف بين الساكت والمعتق في قيمة العبد. هكذا ذكر شيخ الإسلام أيضاً.

ومن جملة ذلك: إذا صالح الساكت مع المعتق، وإنه على وجهين: أما إن صالح على أقل من نصف قيمة العبد ودراهم أو دنانير فإنه جائز.

فرق بين التصالح وبين البيع فإن الساكت لو قال للعبد: بعت مالي عليك من نصف القيمة بأقل من نصف القيمة، فإن ذلك لا يجوز. والفرق: وهو أن الصلح في موضوعه لاستيفاء بعض الحق وإسقاط البعض، فإذا كان بلفظة الصلح أمكن تجويزه بطريق استيفاء بعض الحق وإسقاط البعض إن تعذر تجويزه بطريق المعاوضة، فأما البيع معاوضة من كل وجه وليس فيه معنى الإسقاط بعض الحق واستيفاء البعض، فإذا كان بلفظة البيع لا يمكن تجويزه إسقاطاً واستيفاءً تعذر تجويزه معاوضة لمكان....[٢]، فبطل ضرورة.

الوجه الثاني: إذا صالح على أكثر من نصف قيمة العبد دراهم أو دنانير وإنه على وجهين: إن كانت الزيادة بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز، وإن كانت الزيادة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها فالزيادة على نصف القيمة باطلة، فقد أبطل الفضل وما صالح الصلح على قدر نصف قيمة العبدين.

فرق بين هذا وبينما إذا حصل هذا بلفظ البيع، فكان البيع يبطل في الأصل والزيادة جميعاً. والفرق: أن البيع لغة ينبىء عن المعاوضة، والمعاوضة إذا تمكّن فيها الربا أبطل كلها بخلاف الصلح؛ لأن في الصلح معنى استيفاء بعض الحق ومعنى المعاوضة، ففي

---

(١) تقدم قول المؤلف قبل قليل: إن المسألة على وجهين، وهنا يذكر وجهاً ثالثاً.

(٢) بياض بالأصل.

حق نصف إن تعذر تصحيحه بطريق المعاوضة أمكن تصحيحه بطريق استيفاء الحق، كأنه استوفى عين حقه وزيادة، فيكون الاستيفاء بقدر الحق صحيحاً وتبطل الزيادة، وإن كان الصلح على عوض هو أكثر قيمةً من نصف قيمة العبد جاز؛ لأنه لا يتمكن الربا فيه.

ومن جملة ذلك أن العبد المعتق إذا كان مريضاً مرض الموت وهو موسر فمات يسقط عنه ضمان المعتق ولا يستوفي ذلك من تركته، بل يسعى العبد للمولى عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يسقط ضمان العتق بل يستوفي ذلك من تركته، وجه قولهما: أن ضمان العتق ضمان الإتلاف، فلا يسقط بالموت، وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: ضمان العتق في حكم الصلة من المولى والصلات تسقط بالموت قبل القبض، وإذا كان العبد بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر، ثم إن الآخر باع نصيبه من الذي أعتق أو وهبه له على عوض أُخِذَ منه.

ذكر محمّد رحمه الله في «الأصل»: أن هذا واختياره في الضمان في القياس سواء، غير أن هذا أقبحهما وأفحشهما، وفي «الاستحسان»: لا يجوز البيع لأن البيع يوجه الملك للحال ومعتق النصف في الحال يقابل للتمليك، فأما الضمان يفيد الملك من وقت العتق، فإنه كان قابلاً للتمليك وقت الإعتاق فجاز تمليك نصيبه منه بالضان ولم يجز بالبيع لهذا، وإذا لم يجز البيع صار الحال بعده والحال قبله سواء، وقبل البيع كان له . . .[1] أن المعتق، وإن يستسعي العبد فكذا بعد البيع، قالوا: ويجب أن يكون بيع المغصوب من الغاصب بعد الهلاك على هذا القياس والاستحسان. القياس: أن يجوز، وفي الاستحسان: لا يجوز.

وإذا كان العبد بين اثنين أحدهما صغير والآخر كبير فأعتقه الكبير وهو موسر فليس للصبي في هذا قول لا في العتق، ولا في التضمين، ولا في اختيار السعاية. يريد بقوله لا قول للصبي، وهذا لأن هذه التصرفات لا تصح من الصبي، وأنه ظاهر، فبعد ذلك ينظر إن كان له أب كان لأبيه الخيار إن شاء ضمّن المعتق، وإن شاء استسعى العبد؛ لأن تضمين المعتق بيع نصيبه بمثل القيمة معنًى، وغلات ذلك في مال الصغير، واختيار السعاية بمنزلة مباشرة عقد الكتابة، وللأب ذلك في عبد الصغير.

ووصي الأب في هذا بمنزلة الأب، وإن لم يكن للصغير أب ولا وصي للأب وله وصي للأم وكان العبد. . . . . .[1] الصغير عن الأم، لم يذكر محمّد رحمه الله أنه قال: سألت أستاذي الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله عن ذلك، فقال: إذا كان له وصي أم وليس له وصي غيره فله أن يضمن المعتق؛ لأن التضمين بمنزلة البيع، ولوصي الأم البيع فيما ورثه الصغير عن الأم وله استسعاء العبد أيضاً، وإن كان الاستسعاء في معنى الكتابة وليس لوصي الأم أن يكاتب إلا أن هذه كتابة حكمية، فجاز من وصي الأم، وإن لم يكن له واحد من هؤلاء. . . .[1] وبلوغه للخيار إما الضمان أو الإعتاق، و الاستسعاء قبل هذا

---

(١) بياض بالأصل.

إذا كان في موضع لا قاضي فيه، فأما إذا كان في موضع فيه قاضي نصب له القاضي قيماً حتى يختار التضمين، أو السعاية؛ لأن ذلك أنفع في حق الصبي؛ لأنه يتعذر له التصرف في نصيب الصبي بعد العتق.

وإذا كان العبد بين اثنين أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر، ثم إن الآخر دبره فالتدبير جائز؛ لأنه تعليق عتق نصيبه بالموت، وتعليق عتق نصيبه بسائر الشروط منه جائز فكذا بالموت. وإذا صح التدبير برىء المعتق من الضمان وكان إقدامه على التدبير إبراءً للمعتق عن الضمان، إما لأن إقدامه على التدبير استيفاءً لنصيبه على ملكه، وإما لأن ولاية تضمين المعتق بشرط أن يملك نصيبه من المعتق بالضمان، وبالتدبير أخرجه من أن يكون قابلاً للتمليك.

فإن قيل: بالتدبير اختيار استيفاء ما بقي بعد العتق على ملكه، فأما ما فات لم يصر . . . .[1] له على ملكه، فينبغي أن يكون له حق التضمين بذلك القدر.

قلنا: تعذر تضمين ما فات بدون الباقي؛ لأن الفائت مجرد المنفعة ومجرد المنفعة لا تضمن بالإتلاف، وكان للمدبر إن يستسعي العبد في نصف قيمته، ولكن نستسعيه في نصف قيمته مدبراً؛ لأن ما فات بالتدبير لاحقاً فأما إن كان بالتدبير سابقاً ثم ورد العتق بعد ذلك فإن المدبر على خياره؛ لأن في هذا الفصل لم يوجد من المدبر ما يدل على إبراء المعتق عن الضمان فبقي خياره كما كان، فإن شاء استسعى العبد في نصيبه مدبراً وإن شاء ضمن المعتق نصيبه مدبراً، وإنما ثبت له الخيار؛ لأنه بالإعتاق فوت عليه منفعه الخدمة إن لم يفوت عليه منفعة البيع.

وإن كان ذلك منها جميعاً ولا يعلم أيهما أول فإنه ينبغي في القياس أن لا يضمن المعتق شيئاً وإن كان حتى يعلم أنه أعتق بعد التدبير. وفي «الاستحسان»: يضمن المعتق ربع قيمته مدبراً، وجه القياس ظاهر، وجه الاستحسان: أن إعتاق المعتق سبب الضمان، سواء كان قبل التدبير أو بعد التدبير؛ لأنه فوت على صاحبه منفعة الخدمة والبيع وإن كان بعد التدبير إن كان قبل التدبير؛ لأنه فوت على صاحبه منفعه الخدمة وإن كان بعد التدبير؛ لأنه فوّت على صاحبه منفعة الخدمة إلا أن صاحبه بالتدبير بعد الإعتاق يبرئه عن الضمان، فقد تيقنا سبب الضمان وشككنا في المبرىء، وأنه ثبت في حال دون حال فيثبت نصفه، ويبرىء عن الضمان النصف، ويبقي ضمان النصف [٣٢٩ب/ ١] فابتداءً قال: يضمن المعتق ربع القيمة مدبَّراً، والله أعلم.

(١) بياض بالأصل.

الفصل السادس
في عتق ما في البطن

قال محمّد رحمه الله: إذا قال الرجل لجاريته: كل ولد تلدينه فهو حر، فهذا على كل ولد تلده، ولا يعتق شيء من الأولاد قبل الولادة؛ لأن الولادة شرط وقوع العتق، كالدخول في قوله: كل امرأة لي تدخل الدار طالق، حتى لو ضرب ضارب بطن هذه الجارية وألقت جنيناً ميتاً كان على الضارب نصف عشر قيمته إن كان غلاماً، أو عشر قيمته إن كان جارية؛ لأن الولد إن كان رقيقاً قبل الولادة كان الضارب متلفاً جنيناً رقيقاً، والحكم في جنينٍ هذا حاله ما ذكرنا،

ولو مات المولى وهي حامل فولدت بعد ذلك لا يعتق الولد وكذلك لو باعها المولى وهي حامل فولدت عند المشتري لا يعتق الولد؛ لأن شرط الحنث قد وجد والمحلوف بعتقه ليس في ملكه. . . .[1] اليمين لا إلى جزاء، ولو قال: كل ولد تحبلين به أو قال: تحملين به فهو حر، فكلما حبلت يعتق الولد، فلا تشترط الولادة ها هنا؛ لأن شرط وقوع العتق ها هنا حدوث الحبل لا الولادة، وإنما يعلم حدوث الحبل بعد اليمين إذا ولدت لأكثر من سنتين من وقت اليمين؛ لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين، وإن ولدت لسنتين أو أقل فإنه لا يعتق الولد؛ لأنا لم نتيقن بحدوثه بعد اليمين؛ لأن الولد يبقى البطن إلى سنتين فيجوز أنه كان موجوداً في البطن وقت اليمين، وإن ضرب ضارب بطن هذه الجارية فألقت جنيناً ميتاً فعلى الضارب أرش جنين حر إذا جاءت به لأكثر من سنتين؛ لأنا تيقناً بحدوث الحبلِ بعد اليمين وهو شرط العتق، فكلما حدث الحبل وقع العتق، فصار الضارب متلفاً جنيناً حراً فعليه أرش جنين حر. وإن جاءت بالولد لسنتين أو أقل من وقت اليمين فعلى الضارب أرش جنين حر.

إن باعها المولى فولدت عند المشتري، فهذه المسألة على وجهين:

الأول: إذا ولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء، وأنه على وجهين أيضاً: إن ولدت لأكثر من سنتين من وقت اليمين، فالبيع فاسد؛ لأنا تيقنا بعتق هذا الولد؛ لأنا تيقنا بحدوثه بعد اليمين في ملك الحالف فيتبين أنه باع الأمة وفي بطنها ولد حر فيفسد البيع. وإن جاءت به لسنتين أو أقل من وقت اليمين فالبيع جائز؛ لأنا لم نتيقن بحرية هذا الولد؛ لأنا لم نتيقن بحدوثه في ملك البائع بعد اليمين.

الوجه الثاني: إذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً من وقت الشراء، وفي هذا الوجه البيع جائز سواء جاءت بالولد لأكثر من سنتين من وقت اليمين أو أقل؛ لأنا لم نتيقن بحرية هذا الولد إذا لم نتيقن بحدوث الحبل في ملك البائع، لجواز أنه حدث في ملك المشتري بعد الشرط. وشرط العتق إنما يوجب العتق إذا وجد الشرط في ملك

(١) بياض بالأصل.

الحالف، والجواب فيما إذا مات المولى وتركها كالجواب فيما إذا باعها المولى.

إذا قال لأمته: ما في بطنك حر، فولدت ولداً لأقل من ستة أشهر من وقت هذه المقالة يعتق. ولو ولدت ولداً لستة أشهر فصاعداً من وقت هذه المقالة لا يعتق؛ لأن العتق أضيف إلى الموجود في البطن فإنما يعتق من كان موجوداً في البطن وقت الإضافة، وإنما يثبت الوجود في البطن وقت الإضافة إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر.

فإن قيل: ينبغي أن يعتق نصف الذي ولدته لستة أشهر فصاعداً؛ لأنه يعتق في حال وهو أن يكون موجوداً وقت هذه المقالة، ولا يعتق في حال وهو أن لا يكون موجوداً وقت هذه المقالة وجدت بعد ذلك، واعتبار الأحوال أصل من أصول الشرع.

قلنا: اعتبار الأحوال إنما يكون في موضع تيقن بوقوع العتق واشتبه علينا من وقع عليه العتق، وها هنا وقع الشك في العتق، وفي مثله لا تعتبر الأحوال كما لوجمع بين عبده وبين عبد غيره، وقال: أحدكما حرٌ ومات قبل البيان.

وإن ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر، والآخر بعد الستة أشهر من وقت هذه المقالة إلا أن المدة المتخللة بين الولادتين أقل من ستة أشهر عتقا جميعاً؛ لأن المدة المتخللة إذا كانت أقل من ستة أشهر كانا توأمين، والتوأمان يكونان من بطن واحد، فتيقنا بوجودهما وقت الإعتاق.

إذا قال الرجل لأمته: إن كنت حبلى فأنت حرة، فولدت لأقل من ستة أشهر من هذه المقالة، فالجارية حرة وولدها حرٌ، فإن ولدت لستة أشهر فصاعداً من وقت هذه المقالة لا تعتق الجارية؛ لأن تقدير يمينه إذا كنت حبلى للحال؛ لأن قوله: إن كنت حبلى تستعمل للحال، فصار معتقاً حبلاً موجوداً، وإنما يعرف وجود الحبل في الحال بالولادة لأقل من ستة أشهر، فإن ضرب ضارب بطن هذه الجارية بعد هذه المقالة لأقل من ستة أشهر فألقت جنيناً ميتاً فعلى الضارب أرش جنين حر، وإن كان الضرب بعد هذه المقالة لأكثر من ستة أشهر فعلى الضارب أرش جنين قن، ولو وقع حياً ثم مات كان فيه الدية كاملة؛ لأنه صار قاتلاً له بعد الولادة بالضرب السابق.

وإذا قال الرجل لأمته: إن كان أول ولد تلدين غلاماً ثم جارية فأنتِ حرة، فإن كانت جارية ثم غلاماً فالغلام حر، فولدت جارية وغلاماً في بطن واحد لا يعلم أيهما أول عتق نصف الأم، وسعت في نصف قيمتها ؛ لأنها تعتق في حال وترق في حال، وعَتَقَ نصف الغلام أيضاً وسعى في نصف قيمته لهذا المعنى، والجارية رقيقة؛ لأنا تيقنا برقها ليس لها حال عتق.

وإذا قال لها: أول ولد تلدينه فهو حر، فجاءت بولد وقالت: ولدت هذا، وأنكر المولى ذلك؛ القياس: أن لا يصدق، وفي الاستحسان: يصدق، وبالقياس نأخذ وهذا هو القياس.

والاستحسان الذي ذكر في كتاب الطلاق فيما إذا قال لامرأته: إذا ولدت ولداً فأنتِ طالق ولم يكن الحبل ظاهراً، ولا أقر الزوج بالحبل فقالت: ولدت، القياس: أن

لا تصدق. وفي الاستحسان تصدق وبالقياس نأخذ، فإن جاءت بامرأة فشهدت على الولادة فإن الولادة عند أبي حنيفة لا تثبت، حتى يقع الطلاق والعتاق.

ولو كان الزوج مقراً بالحبل وقال لها: إذا ولدت فأنتِ حرة فقالت: ولدت، وأنكر المولى فإنها تصدق وتثبت الولادة بمجرد قولها، وتعتق عند أبي حنيفة رحمه الله، وعلى قولهما لا يعتق ما لم تشهد لها القابلة، والخلاف في هذا نظير الخلاف في الطلاق.

وإذا قال الرجل لأمتين له: ما في بطن أحدكما حر، فله أن يوقع العتق على أيهما شاء كما بعد الانفصال. إذا قال: أحدكما حر، فإن ضرب بطن أحدهما رجل فألقت جنيناً ميتاً؛ لأن الأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالعتق فهو رقيق، ويتعين الآخر للعتق كما بعد الانفصال. إذا قال أحدكما حر ثم جاء إنسان وقتل أحدهما، فإنه يتعين الآخر للعتق كذا ها هنا. ولو ضرب رجلان كل واحد منهما بطن أحدهما، وألقت كل واحدة جنيناً ميتاً؛ لأن من ستة أشهر منذ تكلم بالعتق [٣٣٠م/١] كان في كل واحد منها مثل ما في جنين الأمة كما بعد الانفصال. والحاصل: أن الجنين في حق قبول الإعتاق والمنفصل سواء.

وإذا قال الرجل لأمته: وهي حامل قد أعتقت ما في بطنك على ألف درهم فقالت: قد قبلت ذلك، ثم وضعت غلاماً لأقل من ستة أشهر فإن الغلام يعتق؛ لأنه علق عتق ولد موجود في البطن بقبولها الألف، فيعتبر بما لو علق عتقه بشرط آخر، وهناك إذا وجد الشرط يقع العتق كذا ها هنا، وإن عتق الجنين لا يجب المال على الجنين، ولا على الجارية لا يجب على الجنين؛ لأن الأب لا يلي هذا العقد على الجنين مع أنه يلي عليه بعد الانفصال فلأن لا تلي الأم عليه هذا العقد وهي لا تلي عليه بعد الانفصال أولى. ولا يجب على الجارية؛ لأن العتق ما لا يجب على غير المعتق بحال.

وإذا قال لأمته: ما في بطنك حرّ متى أدى إليّ ألفاً أو إذا أدى إليّ ألفاً، فوضعت لأقل من ستة أشهر فهو حر متى أدى إليه ألف درهم، وهذا لما ذكرنا أن الجنين في حق قبول الإعتاق والمنفصل سواء. ولو قال له بعد الانفصال: متى أديت إليّ ألفاً إذا أديت إليّ ألفاً فأنت حر، فأدى إليه ألف درهم في أي وقت ما أدى يعتق كذا ها هنا.

وإذا كانت الأمة بين رجلين، فأعتق أحدهما ما في بطنها وهو غني فولدت بعد ذلك غلاماً ميتاً بيوم، فلا ضمان على المعتق إما لأنه وقع الشك في إيجاب الضمان لوقوع الشك في حياته، أو لأن العتق لا يصح إلا في الحي ولا تظهر الحياة في حقها إلا بالولادة، فصار العتق المضاف إلى ما بعد الولادة كأنه قال: الولد الذي تلدينه حر.

ولو قال: هكذا وولدت ولداً ميتاً لا يعتق كذا ها هنا. فإن ضرب رجل بطنها فألقت جنيناً ميتاً فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: يضمن الضارب ما يضمن في جنين الأمة، وعلى قولهما: يضمن في جنين الحرة، وهذا لأنا حكمنا بحياة جنين أوجبنا الضمان حكمنا بصحة الإعتاق، إلا أن الإعتاق عندهما لا يتجزىء فعتق كله فصار الضارب متلفاً جنيناً حراً، وعند أبي حنيفة رحمه الله: الإعتاق متجزىء فاقتضى الإعتاق

على نصيب المعتق، وصار في معنى المكاتب، فكان الضارب متلفاً جنيناً مكاتباً، فيضمن عشر قيمته مكاتباً إن كان ذكراً، أو نصف عشر قيمته مكاتباً إن كان أنثى، والله أعلم.

الفصل السابع
في الخصومات في الرق والحرية والشهادة على ذلك

ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله في شرح كتاب الصلح: رجل ادعى أمة، وقال: هذه أمتي وقالت الأمة: لا بل أنا حرة، فصالحها المدعي من ذلك على مائة تدفعها إلى المدعي فهو جائز، فإن أقامت بعد ذلك بينة أنها حرة الأصل، أو أنها كانت لهذا المدعي أعتقها عام أول تريد الرجوع بالمائة على المدعي قبلت بيّنتها وبطل الصلح، وإن أقامت بينة أنها كانت لفلان عام أول أعتقها في ذلك الوقت لا تقبل بينتها، ولو كان مكان الأمة عبداً وأقام بينة على حرية الأصل أو على أن المصالح أعتقه عام أول، وهو يملكه، إن كان الصلح من العبد مع إرادة الرق للمدعي قبلت بينته ورجع بالمئة على المولى؛ لأنه غير متناقص فيما ادعى.

وإن كان الصلح مع إقرار العبد بالرق على نفسه فكذلك الجواب عندهما تقبل بينة العبد على ذلك؛ لأن العبد وإن صار متناقصاً وبطل دعواه لمكان التناقص إلا أن البينة على عتق العبد عندهما مقبولة بدون الدعوى، فأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا تقبل بينة العبد على ذلك؛ لأن عند الدعوى من العبد شرط قبول بينته على عتقه، وقد بطل الدعوى ها هنا لمكان التناقض. وفي الأمة تقبل البينة على كل حال عند الكل، وإن بطل دعواها في فصل الإقرار لمكان التناقص، إلا أن دعواها ليست بشرط لقبول البينة على عتقها، هذا من جملة ما ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرح كتاب الصلح، ثم إنه رحمه الله سوّى في هذه المسألة بين العتق الأصلي، وبين العتق العارضي عند أبي حنيفة رحمه الله، وجعل دعوى العبد فيما شرطا لقبول البينة، وجعل التناقص مانعاً صحة الدعوى، وهذا فصل اختلف المشايخ فيه على قول أبي حنيفة رحمه الله.

بعضهم قالوا: دعوى العبد في حرية الأصل ليس بشرط لقبول الشهادة عليها، والتناقص فيها ليس بمانع صحة الدعوى، وقبول الشهادة عليها كما هو قولها، وإنما الخلاف في العتق العارضي.

وبعضهم قالوا: دعوى العبد عند أبي حنيفة رحمه الله شرط في العتق الأصلي والعارضي جميعاً، إلا أن التناقص لا يمنع صحة دعوى العتق الأصلي، فلا يمنع قبول الشهادة ويمنع صحة دعوى العتق العارضي، فيمنع قبول الشهادة.

وبعضهم قالوا: دعوى العبد شرط في العتق الأصلي والعارضي جميعاً، والتناقص فيها مانع صحة الدعوى وقبول الشهادة، وإليه ذهب شيخ الإسلام في شرح كتاب «الصلح» على ما ذكرنا.

والأصح: أن دعوى العبد عند أبي حنيفة رحمه الله شرطهما، والتناقض لا يمنع صحة الدعوى فيهما؛ لأن طريقهما طريق الخفاء والتناقص فيما طريقه طريق الخفاء لا يمنع صحة الدعوى، إلا أن المرأة إذا اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها، ثم أقامت بعد ذلك بينة أن الزوج قد كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع قبلت بينتها، وإن صارت متناقضة في دعوى الطلقات الثلاث بالإقدام على الخلع، إنما كان كذلك؛ لأن الزوج ينفرد بإيقاع الطلاق الثلاث، ولا يتوقف ذلك على علم المرأة فكان طريقه طريق الخفاء، فجعل التناقض فيه عفواً، أو نقول: التناقض إنما يؤثر فيما يحتمل البعض بعد ثبوته، والعتق الأصلي والعارضي لا يحتمل البعض بعد ثبوته. ألا ترى أن التناقض في باب النسب لا يمنع صحة الدعوى وأن الملاعن إذا كذب نفسه ثبت النسب منه، فطريقه ما قلنا.

أمة بين رجلين شهد رجلان على أحدهما بعينه أنه أعتقها، وكذبته الأمة وادعت على الآخر الإعتاق وجحد الآخر، وحلف عند القاضي أنه ما أعتقها، فإنها تعتق بشهادة الشهود وإن لم يوجد منها الدعوى لما شهد به الشهود، فقد عرف أن الشهادة القائمة على عتق الأمة تقبل بدون الدعوى. ألا ترى أن الأمة إذا كانت كلها للمشهود عليه كانت تعتق بالشهادة بدون الدعوى.

فإن قيل: الأمة إذا كانت كلها للمشهود عليه إنما تقبل الشهادة بدون الدعوى؛ لأنها توجب حرمة الفرج، وهذه الشهادة لا توجب حرمة الفرج. قيل: الشهادة ثابته ههنا، قلنا: لا بل هذه الشهادة توجب حرمة الفرج؛ لأن قبل هذه الشهادة لم يكن فرجها حراماً على المعتق حرمة توجب الحد لو وطئها، وبعد هذه الشهادة حرم فرجها عليه حرمة توجب الحد لو وطئها، فكانت هذه الشهادة قائمة على تحريم الفرج من هذا الوجه.

وفي «المنتقى»: ابن سماعة عن محمّد رحمه الله في رجل قال: كل مملوك أملكه أو اشتريته إلى سنة فهو حر، وحاجّه عبد له في ملكه يعني في ملك يوم اليمين أقام البينة على هذه اليمين [٣٣٢ب/١] وقضى القاضي ثم اشترى الحالف عبداً في تلك البينة فخاصمه العبد المشتري إلى القاضي، فالقاضي يأمره بإعادة البينة، وهذا بلا خلاف، والمعنى ما أشار إليه ثمة أن البينة ما كانت للأول على قول: كل عبد أملكه. ولم أقبل البينة على غير ذلك.

ولو خاصمه عبد آخر كان في ملكه وقت اليمين فالقاضي لا يقضي بعتقه عند أبي حنيفة حتى يقيم العبد البينة، وعلى قول محمد يقضي بعتقه ولا يكلف إعادة البينة. وعلى هذا إذا قال: كل مملوك لي حر، وخاصمه عبد له في ملك ذلك، وأقام البينة على اليمين فقضى القاضي بعتقه، ثم خاصمه عبد آخر له فالقاضي هل يكلف إعادة الشهود؟ فهو على هذا الخلاف.

وكذا لو قال كل عبد أملكه إلى سنة فهو حر فاشترى عبداً في السنة، وخاصمه العبد عند القاضي، وأقام عليه بينة بهذه اليمين وقضى القاضي بعتقه، ثم اشترى عبداً آخر

وخاصمه إلى القاضي فالقاضي يعتقه، ولا يكلفه إعادة البينة عند محمّد رحمه الله، علل فقال: لأني قضيت على الحالف بتلك اليمين فالبينة لهما، أشار إلى أن اليمين واحدة لفظاً، وقد ثنتت بينته الأولى، فيظهر ذلك في حق الثاني فلا حاجة له إلى إعادة البينة. وعلى قول أبي يوسف يكلف الثاني إعادة البينة، هذه الجملة مذكورة في عتاق «المنتقى»

وذكر في أقضية «المنتقى» :ابن سماعة عن أبي يوسف رجل شهد عليه شاهدان أنه قال كل عبد أشتريه فهو حر، فاشترى عبداً وخاصمه في العتق إلى القاضي وأعتقه القاضي بشهادتهما، ثم اشترى عبداً آخر، وخاصمه في العتق، فإن أبا حنيفة قال لا أعتقه حتى بعد البينة، وقال أبو يوسف أعتقه، ولا أعيد البينة، ذكر قول أبي يوسف في الأقضية بخلاف ما ذكر في العتاق، وذكر قول أبي حنيفة في الأقضية ولم يذكر في العتاق، وذكر قول محمّد رحمه الله في العتاق ولم يذكر في الأقضية.

وذكر في كتاب الأقضية في «المنتقى» مسألة أخرىٰ من هذا الجنس وصورتها: إذا قال الرجل: إن دخل هذه الدار فكل مملوك أشتريه إلى سنة فهو حر، فدخل الدار ثم اشترى عبداً فأقام البينة بيمينه ودخوله وشرائه، وهو يجحده، قضى القاضي عليه بالعتق، ثم اشترى عبداً آخر وخاصمه العبد الآخر في العتق، معنى قول أبي حنيفة رحمه الله القاضي لا يقضي بعتقه حتى يعود الشهود فيشهدون للثاني بمثل ما شهدوا للأول، وقال أبو يوسف: أعتقه بالشهادة الأولىٰ.

وفي عتاق «المنتقى» قال محمّد رحمه الله: لو قال المولى سالم ويرجع وميمون أحرار، فأقام أحدهم البينة على مقالته، ثم جاء الآخران لم يكلفا إعادة البينة؛ لأنه عتاق واحد. ولو قال: سالم حر ويرجع وميمون حر وأقام أحدهم البينة على ذلك، ثم جاء الآخران كلفا إعادة البينة؛ لأنه عتاق مختلف.

وفيه أيضاً إبراهيم عن محمّد رحمه الله في عبد أقر أنه عبد هذا، ثم قال هذا العبد للقاضي: استحلفه ما أعتقني، فالقاضي يستحلفه. ولو قال: استحلفه ما يعلم أني حق الأجل فالقاضي لا يستحلفه؛ لأنه أقر أنه عبده.

رجل في يديه صبي صغير لم يستمع منه أنه عبده يعني لم يستمع من صاحب اليد أنة عبده، ولم يستمع من الصبي أيضاً أنه عبده حتى كبر، فقال: أنا حر فالقول قوله، قال هشام سألت أبا يوسف رحمه الله عن رجل قال لرجل: أنا مولى أبيك أعتقني، وجحد ذلك الرجل أن يكون له أباً أعتقه، قال: هو مملوك، وإن قال: أنا مولى أبيك ولم يقل أعتقني قال هو حر؛ لأنه قد يكون مولاه من قبل جده، وإن قال أنا مولى أبيك أعتق أبوك أبي وأمي فهو حر.

قال هشام: سمعت محمّداً يقول في رجل أعتق جارية له وهي تسمع، ثم جحدها وقضى القاضي عليها بالرق بعدما حلف الرجل، قال أتتزوج منه؟ قلنا: يسعها أن تتزوج قال: قلت، فإن مات أبوها عرفاً. . . . .[١] فلا.

---

(١) بياض بالأصل.

سمع قوم من رجل أنه قال لعبده: هذا حر لوجه الله، ثم رأه بعه بعد ذلك يقول: هو عبدي، فشهد أولئك القوم عليه أنه أعتقه أمس، فقال المشهود عليه أعتقه أمس، وأنا لا أملكه وإنما اشتريته اليوم، فالشهود يقولون: إنه أعتقه أمس، ولكن لا ندري أكان له أم لا، فالقاضي لا يقضي بعتق العبد حتى يشهدوا عليه أنه أعتقه وهو يملكه، قال: وكذلك الطلاق.

وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف: رجل أعتق أمة ثم اختصما عند القاضي وفي حجرها ولد وفي يدها كسب اكتسبته فقال المولى: أعتقتك بعد الولادة والكسب، وقالت المرأة: لا بل أعتقتني قبل الولادة والكسب فالقول قول المرأة. ولو قال: الكسب في يد المولى فالقول قول المولى، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وفي دعوى «الجامع»: ادعى رجل على رجل أنه عبده وجحد المدعى عليه، وقال: أنا حر الأصل لم أُمْلَكْ قط فالقول قوله وهذا معروف، فإن أقام المدعي بينة أن نصف العبد له قضى القاضي بنصف العبد له والنصف الآخر يكون موقوفاً لا يقضى فيه برق ولا حرية، لا . . . .[1] يقضي بالرق؛ لأنه لا بد للقضاء من المقضي له ولا مقضي له ها هنا، وأما لا يقضي بالحرية إما بحرية الأصل؛ لأن القاضي لما قضى بالرق في النصف للمدعي فقد أبطل حرية الأصل في النصف الباقي؛ لأن الشخص لا يجوز أن يكون نصفه رقيقاً ونصفه حر الأصل، وإما بالحرية العارضة فلأن العارضة تبنى على الرق والملك، وتعذر القضاء بالرق، فالملك في النصف الباقي؛ لأن القضاء لا بد له من مقضي عليه معلوم، فلم يوجد، فإن جنى العبد جناية بأن قتل رجلاً خطأً قيل لولي القتيل: أعبد هو أم حر.

فإن قال: هو عبد قيل للمقضي له بنصفه ادفع هذا النصف وأمره بنصف الدية، ويوقف النصف الباقي فلا يقضى فيه بشيء؛ لأنه لا يدري أنه رقيق أو حر. وإن قال: هو حر لا يقضي بشيء لا على المقضي له بنصفه ولا على العبد. أما على المقضي له؛ لأنه لما قال: هو حر فقد أبرأ المقضي له، وأما على العبد فلأن الحرية لا تثبت بمجرد قوله، وفي القتيل بعدما قضى القاضي. . .[1] يأتي بالبينة، فإن أقام ولي القتيل بينة على الحرية كانت بينة الحرية أولى من بينة الرق، وينقضي بها الحكم للأول ولو. ولم يجن هذا الشخص ولكن جنى عليه فيما دون النفس يقضى على الجاني بأرش العبد، وهو في شهادته وحدوده وجميع أموره بمنزلة الرق؛ لأنه جرى الحكم برقه من النصف، والنصف الآخر حاله موقوف أنه رقيق أو حر فلا يمكن إيجاب شيء من أحكام الحرية من كل وجه.

وإذا شهد الشهود أنه أعتق عبده سالماً، ولا يعرفون سالماً وله عبد اسمه سالم، ولا عبد له غيره فإنه تقبل هذه الشهادة وقضي بعتقه؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت عياناً، ولو عَايَنَّا أنه أعتق عبده سالماً ولا يعرف له عبد بهذا الاسم إلا هذا قُضي بعتقه، كذا ها هنا، ثم إن كان سالم يدعي العتق فالمسألة على الوفاق، فإن كان لا يدعي فالمسألة على الخلاف.

---

(١) بياض بالأصل.

وإن كان له عبدان اسم كل واحد منهما سالم، فهذا وما لو شهدا أنه أعتق أحد عبديه سواء هي المسألة التي تلي هذه المسألة، ولو شهدا أنه أعتق أحد عبديه فهذا على وجهين: إما إن شهدا أنه أعتق في حال حياة المولى بذلك والمولى يجحد، وفي هذا الوجه لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة، وعندهما تقبل ويقال للمولى من أردت، وهذا بناءً على ما قلنا أن عند أبي حنيفة رحمه الله دعوى العتق من العبد بشرط، والدعوى من المجهول لا تتحقق.

فإن قيل: كيف يجعل هذه المسألة بناءً على ذلك، فقد ذكر محمّد رحمه الله أنهما لو شهدا عليه أنه أعتق إحدى أمتيه لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله [٣٣٧أ/ ١] ودعوى الأمة ليس بشرط بلا خلاف، قلنا: دعوى الأمة إنما لا تشترط عنده إذا قامت البينة على عتق أمةٍ بعينها؛ لأن المحلية في عتق أمة بعينها حق الله تعالى لما فيه من تحريم الفرج، فأما إذا قامت البينة على عتق إحدى الأمتين فليس فيه تحريم الفرج على قوله، فقد عرف من أصله أن العتق المبهم لا يحرم وطأها بل يحل له وطأها، وبعد ما وطىء إحداهما يكون له حق البيان في الموطوءة، وإذا لم يوجد هذا العتق تحريم الفرج لم تكن الشهادة قائمة على أن المحلية فيه حق الله تعالى فكانت بمنزلة ما لو قامت على عتق أحد العبدين.

وإن شهدا بعد وفاة المولى أنه أعتق أحد عبديه في حال صحته فهو على وجهين: أما إن شهدا أنه أعتق أحد عبديه في حال صحته، وفي هذا الوجه لا تقبل هذه الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله، فإن شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته فالقياس: أن لا تقبل هذه الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله، وفي الاستحسان: تقبل. ذكر القياس والاستحسان فيما إذا كانت الشهادة على إعتاق أحدهما في مرض موت المولى، ولم يذكر القياس والاستحسان فيما إذا كانت الشهادة في حال صحة المولى.

ولو شهدا بعد موت المولى أنه دبر أحد عبديه في حال الصحة، أو قالا: في حالة المرض تقبل شهادتهما عند أبي حنيفة رحمه الله قياساً واستحساناً، وجه القياس في فصل المرض: أن هذه الشهادة قامت على عتق أحد العبدين حالة الحياة، فلا تقبل قياساً على ما إذا شهد أنه أعتق أحد عبديه في حالة الصحة.

وجه الاستحسان: أن المانع من قبول الشهادة على عتق أحد العبدين في حال حياة المولى خلوها عن الدعوى، وقد جدت الدعوى بعد الموت، إلا أن المشايخ اختلفوا في أن المدعي بعد موت الوصي أو العبدان فمنهم من قال: المدعي هو الوصي، وأنه عين والدعوى من المعين صحيحة، ومنهم من قال: المدعي هو العبدان وأنهما معينان وهو الصحيح وعليه عامة المشايخ، وإنما صحت دعوى العبدين بعد موت المولى إذا كان الإعتاق في حالة المرض؛ لأن الإعتاق في المرض وصية حكماً إن لم تكن وصية حقيقة، ولهذا يعتبر من الثلث، والثالث حكماً معتبر بالثالث حقيقة، ولو كانت الوصية بالعتق ثابتة حقيقة فالدعوى منهما صحيحة، وإنما يوجب الحق لأحدهما؛ لأن إيجاب الحق

لأحدهما بعد الموت إيجاب فيهما معنى؛ لأنه أوجب الحق لأحدهما في حال لا يتصور ثبوته لأحدهما؛ لأنه إنما يثبت لأحدهما إذا حصل في وقت كان للمولى حق البيان، ولا يتصور للمولى حق البيان بعد الموت؛ فكان إيجاب الحق لأحدهما إيجاباً لهما، ولو أوجب لهما صحت دعواهما كذا ها هنا.

وهذا الخلاف ما لو شهدا على إعتاق أحد العبدين في حالة الصحة، فإن هناك لم توجد الدعوى؛ لأن دعوى العبدين في تلك الصورة غير صحيحة، وإن كان العتق الواقع في حالة الصحة يشيع فيهما بعد موت المولى فيثبت الحق لهما، إنما كان كذلك؛ لأن الحق لم يثبت للعبدين في هذه الصورة من المولى، لا نصاً ولا من حيث المعنى؛ لأنه أوجب الحق في وقت يتصور موته لأحدهما فلا يكون إيجاباً لهما، وإنما يشيع فيهما بعد الموت ضرورة تنفيذ العتق، فيظهر ثبوت الحق لهما في حق تنفيذ العتق لا في حق صحة الدعوى؛ لأن تنفيذ الواقع لا يخلو عن الدعوى في الجملة بأن لم يقع ثمة لحاجة، وإذا لم يظهر ثبوت الحق لهما في حق صحة الدعوى كان الحق في حق الدعوى ثابتاً لأحدهما والدعوى من أحدهما لا تتصور.

وإذا شهدا على رجل أنه أعتق عبده هذا واختلفا في الزمان بأن شهد أحدهما أنه أعتقه في يوم الخميس، وشهد الآخر أنه أعتقه يوم الجمعة واختلفا في المكان، قبل القاضي شهادتهما؛ لأن العتق تصرف قولي، والقول مما يعاد ويكرر فيكون الثاني غير الأول فقد اتفقا على عتق واحد.

وكذلك إذا شهد أحدهما. . .[1] العتق والآخر على إقرار المولى بالإعتاق بأن شهد أحدهما أن المولى [قال له:] له أعتقتك، وشهد الآخر أن المولى قال: قد كنت أعتقته لأنهما اتفقا على قوله: أعتقت إلا أن أحدهما تفرد بالزيادة، غير أن التفرد بالزيادة إذا كان لا يغير الحكم لا يمنع القبول.

وكذلك إذا شهد أحدهما أنه أعتقه وشهد الآخر أنه حرره أو شهد أحدهما أنه قال له: أنت حر وشهد الآخر أنه قال له: أعتقتك؛ لأنهما اتفقا معنى؛ لأن معنى العتق والحرية واحد، إلا أنهما اختلفا لفظاً والاختلاف لفظاً مع الاتفاق معنى لا يمنع قبول الشهادة فيما يثبت مع الشبهات، كما لو شهد أحدهما بالنكاح وشهد الآخر بالتزويج، وكذلك إذا شهد أحدهما أنه أعتقه بالفارسية وشهد الآخر أنه أعتقه بالعربية تقبل شهادتهم؛ لأنهما اتفقا معنى، هكذا ذكر شيخ الإسلام في «شرحه».

وذكر في «المنتقى» عن أبي يوسف إذا شهد شاهد أنه قال لعبده: أنت حر وشهد آخر أنه قال له: توزاداي تقبل قال: لأنه ليس وجه عتق وذكر فصل الطلاق ثمة للقضاء، وقال: إذا اختلف شاهدا الطلاق وشهد أحدهما بالنبطية أو بالفارسية أو بلسان آخر، وشهد الآخر أنه طلقها بالعربية لم تجز شهادتها، ولو كان هذا في الإحراز بمال آخر به

---

(١) بياض بالأصل.

قال: وليس الطلاق كذلك؛ لأني أنويه في الطلاق في وجوه كثيرة. وفي «الأصل»: وإذا اختلفا في الشرط الذي علق به العتق بأن شهد أحدهما أنه قال له: إن دخلت الدار فأنت حر وشهد الآخر أنه قال له: إن كلمت فلاناً فأنت حر وأشباه ذلك لم تجز الشهادة؛ لأنهما شهدا بيمينين مختلفين؛ لأن الثاني لا يصلح تكرارً للأول، فهما مختلفان وليس على كل واحد منهما إلا شاهد واحد، بخلاف ما لو شهدا بعتق منجز في يومين؛ لأن هناك يمكن أن يجعل الثاني تكراراً للأول فيجعل اتفاقهما على شيء واحد.

وفي «المنتقى»: إذا قال الرجل لعبده: إن كلمت فلاناً فأنت حر فشهد عليه شاهد أنه كلمه اليوم، وشهد الآخر أنه كلمه أمس لا تقبل الشهادة، وذكر ثمة أيضاً أنه إذا قال لامرأته: إن كلمت فلاناً فأنت طالق، فشهد عليه شاهد أنه كلمه غدوة والآخر عشية أنه تقبل الشهادة.

وعن إبراهيم عن محمّد رحمهما الله: إذا شهد رجل على رجل أنه أعتق أمته هذه وتزوجها وشاهد آخر على إقراره أنه أعتقه وتزوجها قال: تعتق ولا يثبت النكاح.

وفي «الأصل»: إذا شهد شاهدان على رجل أنه قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر، وقال المولى: إنما قلت له إن كلمت فلاناً فأنت حر فأيهما ما فعل فهو حر، وقد ثبت اليمينان إحداهما بالشهادة، والأخرى بالإقرار. ولو شهد أحدهما أنه أعتقه على جعل وشهد الآخر أنه أعتقه بغير جعل لا تقبل الشهادة؛ لأن أحدهما شهد بعتق معلق بالقبول والآخر شهد بعتق منجز، وهما متاغيران فلا يمكن أن يجعل الثاني تكرار الأول.

ولو اتفقا على العتق بجعل واختلفا في مقدار الجعل بأن شهد أحدهما أنه أعتقه بألف، وشهد الآخر أنه أعتقه بألف وخمسمائة فهذه المسألة على وجهين: أما إن كان العبد يدعي العتق والمولى يجحد، وفي هذا الوجه لا تقبل شهادتهما سواء كان العبد يدعي العتق بأقل المالين أو بأكثر المالين. . .[1] حاجة العبد إلى إثبات العتق إذا كان المولى منكراً له والعتق بألف غير العتق بألف وخمسمائة، وأما إن كان المولى يدعي العتق والعبد [٣٣١ب/ ١] ينكر، وفي هذا الوجه: إن كان المولى يدعي العتق بألف وخمسمائة تقبل الشهادة على الألف، وإن كان يدعيه بألف لا تقبل الشهادة أصلاً؛ لأن العتق ثبت بإقرار المولى لا حاجة لإثباته بالشهادة وإنما الحاجة إلى إثبات المال فكأن الدعوى وقعت في مطلق المال وشهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألف وخمسمائة وهو يدعي الألف والخمسمائة، وهناك تقبل الشهادة على الألف ولو كان يدعي الألف لا تقبل الشهادة أصلاً.

وإذا ادعى العبد أن المولى أعتقه بألف وأقام عليه شاهدين، وادعى المولى أنه أعتقه بألفين وأقام عليه شاهدين فالبينة بينة المولى؛ لأن العمل بالبينتين متعذر لتعذر إثبات العتق بالمالين؛ لأن المولى متى أعتقه على ألف وقبل لا يمكنه أن يعتقه على ألفين بعد

(١) بياض بالأصل.

ذلك فلا بد من العمل بإحدى البينتين فكان العمل ببينة المولى أولى؛ لأن بينة المولى تثبت لزيادة وتثبت الحق لصاحبها، والعبد بينته تثبت الحق لغيره فكان المولى أشبه بالمدعيتين.

وهذا، بخلاف ما إذا أقام العبد بينة أن المولى قال له: إذا أديت إليّ ألفاً فأنت حر، فأقام المولى بينة أنه قال له: إن أديت إليّ ألفين فأنت حر، فإذا أدى العبد إليه ألف درهم فإنه يعتق ولا شيء عليه؛ لأن هناك العمل بالبينتين في إثبات اليمينين ممكن لجواب أن المولى قال له: إن أديت إليّ ألفين فأنت حر فقبل، ثم قال له: إن أديت إليّ ألفاً فأنت حر، فقبل وهناك لو أدى إليه ألف درهم عتق ولا شيء عليه كذا ها هنا.

ولو شهد شاهدان أنه باع نفس العبد منه بألف درهم، وشهد آخران أنه باع نفس العبد منه بألفي درهم، هذا وما إذا شهدا أنه أعتقه على ألف وعلى ألفين سواء فإذا شهد أنه أعتق عبداً قد سماه لنا إلا أنا نسيناه والمولى يجحد ذلك لا تقبل شهادتهما.

وكذلك إذا شهدا على رجلين أن أحدهما أعتق عبده، ولا ندري أيهما كان لا تقبل شهادتهما لمكان العقل والنسيان.

وإذا شهد أحدهما أنه أعتق عبده هذا، وشهد الآخر أنه وهب نفسه منه فالقاضي لا يقبل شهادتهما؛ لأنهما اختلفا لفظاً ومعنى؛ لأن العتق موضوع للإسقاط ليس فيه معنى التمليك، والهبة تمليك وليس فيها معنى الإسقاط بوجه.

ولو شهدا جميعاً أنه وهب نفس العبد منه وجب القضاء بالعتق؛ لأنهما اتفقا على لفظة الهبة فتثبت لفظة الهبة بشهادتهما، وصار كالثابت عياناً. ولو عاينا أنه وهب نفس العبد من العبد فإن العبد يعتق، فكذا إذا ثبت ذلك بالبينة. وإن قال المولى: لم أنوِ العتق لا يصدق قضاءً ويصدق فيها بينه وبين ربه.

ولو شهدا أنه أوصى بنفس العبد للعبد وجب القضاء بالعتق؛ لأن الوصية عقد تمليك كالهبة، فإنهما شهدا أنه وهب نفس العبد منه إلا أنه كان قال أضيف لك بنفسك للحال، فإنه يعتق للحال وإن أطلق الوصية إطلاقاً يعتق بعد الموت على قياس ما روي عن محمّد رحمه الله في النكاح.

إذا قال الرجل لغيره: أوصيت لك ببضع ابنتي للحال ثبت النكاح للحال، فإذا أطلق ينصرف إلى ما بعد الموت فلا يصح النكاح فكذا ها هنا.

وإذا قال الرجل لعبدين له: أيكما أكل هذا الرغيف فهو حر، فأكلاه جميعاً لا يعتق واحد منهما. أطلق محمّد رحمه الله المسألة في «الأصل» إطلاقاً. من مشايخنا من قال: هذا إذا كان الرغيف بحال يمكن ذلك لواحد منهما أكل جميعه، أما إذا كان بحال لا يمكن لواحد منهما أكل جميعه ينبغي أن يعتقان، ومنهم من قال: لا يعتقان على كل حال وهو الأصح. وإطلاق محمّد رحمه الله في «الأصل» يدل عليه، والرغيف في هذا يخالف مسألة الخشبة إذا علق العتق بحملها وقد بينا ذلك في الفصل الثالث من هذا الكتاب. فإن أقام أحد العبدين بينة أنه أكل الرغيف وحده وقضى القاضي بعتقه ثم أقام الآخر بعد ذلك

بينة أنه هو الذي أكل الرغيف وحده فالقاضي لا يقضي بعتقه ولا ينقض قضاءه الأول. فرق بين هذا وبينما إذا جاء الغلامان معاً، وأقام كل واحد منهما البينة أنه أكل الرغيف كله فالقاضي لا يقضي لكل واحد منهما.

والفرق: أن إحدى البينتين كاذبة بيقين وكل واحدة يجوز أن تكون هي الكاذبة، وعلى هذا التقدير لا يجوز القضاء بها، فإذا جاءا معاً وكل واحدة يجوز أن تكون هي الكاذبة فقد وقع الشك في جواب القضاء بكل واحدة منهما ولا يجوز القضاء بالشك، فأما إذا أقام أحدهما بينة أولاً نفذ بعد القضاء ظاهراً وليس هناك ظاهر يمنع نفاذ القضاء وهو قيام دليل الكذب في البينة الأولى، فإذا أقام الآخر بعد ذلك البينة فقد وقع الشك في نقض القضاء، إن كانت الكاذبة هي الأولى ينقض القضاء للأول، وإن كانت الكاذبة هي الثانية لا ينقض القضاء للأول، والقضاء لا ينقض بالشك كما لا ينقض بالشك.

فرع على ما إذا جاء الغلامان معاً وأقام كل واحد منهما بينة أنه هو الذي أكل الرغيف فقال: إذا لم يقبل القاضي بينة الغلامين وردهما فأتت بينة أحدهما، ثم أعاد الغلام الآخر بينة على القاضي على ما شهدت له به أولاً فإن القاضي لا يقبل شهادتهم؛ لأنه رد شهادتهم مرة لتهمة الكذب، ولو لم تمت واحدة من البنتين حتى مات أحد الغلامين. . . [1] بشهادين آخرين يشهدان له بما شهدت به الشهود الأول، وجاء الغلام بالشهود الذين شهدوا أول مرة حتى يشهدوا له بمثل ما شهدوا له به أول مرة فإن القاضي يقضي للغلام الذي جاء بشاهدين آخرين. بخلاف ما إذا جاء الغلام الآخر بشاهدين آخرين فإن القاضي لا يقضي لواحد منها والفرق: أنه إذا أقام كل واحد منهما بينة أخرى فليست إحدهما أن تجعل كاذبة بأولى من الأخرى فيتهاتران جميعاً لمكان التعارض، أما ها هنا البينة ردها القاضي لتهمة الكذب بقيت كاذبة بقضاء القاضي، ولم تبق معارضة للأخرى فيمت القضاء بالأخرى.

وإذا كان العبد مشتركاً بين رجلين، فشهد أحدهما على صاحبه أنه أعتق نصيبه لا تقبل شهادته موسراً كان المشهود عليه أو معسراً، إن كان موسراً فلأنه يثبت لنفسه بهذه الشهادة حق تضمين صاحبه، ولأنه شهد بعبده فإنه يملك بعضه، وإن كان معسراً فللمعتق الثاني، وإذا لم يقبل شهادته بقي معسراً أن صاحبه أعتق نصيبه. وأحد الشريكين إذا أقر على صاحبه أنه أعتق نصيبه وصاحبه يجحد فالعبد لا يترك رقيقاً بل يعتق ويسعى في جميع قيمته بينهما نصفان عند أبي حنيفة رحمه الله سواء كانا موسرين أو كانا معسرين أو كان أحدهما موسراً والآخر معسراً، وعندهما يسعى للمشهود عليه في نصف قيمته إن كان المشهود عليه معسراً، ولا يسعى له في شيء إن كان المشهود عليه موسراً.

فرع على قول أبي حنيفة رحمه الله، فقال: إذا وجبت السعاية لهما لو شهد أحدهما على صاحبه أنه استوفى السعاية من العبد لا تقبل شهادته؛ لأنه يشهد لنفسه لأنه يثبت

(١) بياض بالأصل.

لنفسه حق المشاركة مع صاحبه فيما استوفاه من السعاية، لأن ما من حر يستوفيه أحدهما من هذه السعاية إلا وللآخر حق المشاركة معه.

وكذلك إذا استوفى أحدهما نصيبه من السعاية، ثم شهد على صاحبه باستيفاء نصيبه لا تقبل لأنه يشهد لنفسه، فالمقبوض يسليم له إذا قبض صاحبه نصيبه بعد ذلك.

وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر، شهد اثنان منهم على صاحبه أنه أعتق نصيبه، وأنكر المشهود عليه فالعبد يسعى بينهم أثلاثاً، وإذا استوفى أحدهم شيئاً من السعاية، كان [٣٣٢أ/ ١] للآخرين أن يأخذا منه ثلثي ما أخذ، وإذا شهد اثنان منهم على الآخر أنه يستوفي نصيبه من السعاية لا يقبل. والجواب في هذه المسألة والجواب في المسألة الأولى سواء إلا أن هناك الاختيار. . .[١]؛ لأن الشريك اثنان وها هنا الحساب بالمثالثة، لأن الشريك ثلاثه. وإذا كان العبد بين ثلاثة غاب أحدهم فشهد الحاضران على الغائب أنه أعتق نصيبه من هذا العبد فإنه يحال بين العبد وبين الحاضرين؛ فإذا حضر الغائب فقال للعبد: أعد البينة فأعاد البينة عليه فقضى عليه يعتق نصيبه وهو قول أبي حنيفة، وعلى قولهما القاضي يقبل هذه الشهادة في الحال ويقضي بعتقه، وإذا حضر الغائب لا يؤمر العبد إعادة البينة عليه.

والحاصل: أن هذه الشهادة على العتق مقبولة على الغائب عند أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله، وعند أبي حنيفة رحمه الله هذه الشهادة لا تقبل على العتق علىٰ الغائب، أما تقبل في حق قصر الحاضرين وهذا بناءً على أن عند أبي حنيفة رحمه الله الإعتاق يتجزىء، فإنهما شهدا بعتق نصيب الغائب لا غير، فالشهادة على العتق قامت على غائب ليس عنه خصم حاضر فلا تقبل، فأما في حق قصر يد الحاضرين قامت على الحاضر فقبلت، وعندهما الإعتاق لا يتجزىء، فالشهادة على العتق قامت على الحاضر كما قامت على الغائب فقبلت على العتق، وصار الحاضر في إنكار العتق خصماً عن الغائب. وإذا شهد أحد الشركاء في العبد على أحد شريكيه أنه أعتق نصيبه وشهد الشريك الآخر على الشاهد الأول أنه أعتق نصيبه فالقاضي لا يقضي على واحد منهما بالعتق؛ لأنه لم يشهد على كل واحد منهما إلا شاهد واحد.

وإذا كان العبد بين مسلم ونصراني شهد نصرانيان على المسلم أنه أعتق نصيبه لا يقبل.

ولو شهد نصرانيان على النصراني أنه أعتق نصيبه قبلت بينته، فإن قيل: ينبغي أن لا تقبل شهادتهما على النصراني؛ لأن شهادتهما كما قامت على النصراني بالعتق قامت على المسلم بقصر اليد، قلنا: شهادتهما قامت على النصراني مقصوداً وما يثبت من قصر يد المسلم فذاك يثبت حكماً ومثل هذا جائز.

ألا ترى أن المسلم إذا كان له عبد نصراني مأذون في التجارة شهد نصرانيان على العبد بالدين فإنه يقبل شهادتهما وطريقه ما قلنا.

(١) بياض بالأصل.

فإن شهد نصرانيان على شهادة مسلمين أن النصراني أعتق العبد لا تقبل شهادتها؛ لأنهما يثبتان فعلاً على المسلم، وشهادة النصراني على ذلك لا تقبل.

ألا ترى أنه لو شهد نصرانيان أن قاضياً من قضاة المسلمين قضى لهذا النصراني على هذا النصراني بكذا فالقاضي لا يقبل شهادتهما، وإن كانا يشهدان للكافر على الكافر؛ لأنهما يثبتان فعلاً على المسلم أولاً وهو القاضي.

وإذا شهد أبناء العبد أن المولى أعتقه على مال أو بغير مال والمولى يجحد، والعبد يدعي لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما يشهدان لأبيهما، ولو كان المولى يدعي العتق بالمال والعبد يجحد فشهد أبناء العبد تقبل شهادتهما؛ لأن العتق يثبت بإقرار المولى فلا حاجة إلى إثباته بالشهادة، وإنما الحاجة إلى إثبات المال، والشهادة بالمال شهادة على الأب، وإذا شهد أبناء العبد على المولى أنه قال: يوم يدخل أبوكما الدار فهو حر، وشهد آخران بالدخول لا تقبل شهادة الاثنين؛ لأن العتق يجب بالحلف فصارا شاهدين للأب بالعتق.

ولو شهد الأجنبيان باليمين وشهد أبناء العبد بالشرط لا تقبل شهادتهما أيضاً استحساناً؛ لأن العتق إن كان لا يثبت بالشرط يثبت عنده، فصارا في هذا الوجه كالشاهدين للأب.

وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر ادعى أحدهم أنه أعتق نصيبه على كذا، فقال العبد: أعتقتني بغير شيء، فشهد الشريكان أنه أعتقه على كذا فشهادتهما جائزة؛ لأن العتق قد ثبت بإقرار المولى المنازعة في المال وفيما يرجع إلى المال. . .[1] هذه شهادة منهما على عبدهما، وكذلك إن شهد آباء الشريكين أو أبناؤهما بذلك؛ لأنهما يشهدان على عبد أبويهما أو على عبد ابنيهما وكل ذلك جائز.

وإذا أعتق بعض الشركاء العبد وفي يد العبد أموال اكتسبها ولا يدرى متى اكتسبها، واختلف فيه الشركاء، والعبد قال: اكتسبته بعد العتق فالقول قوله؛ لأن الكسب حادث فيحال بحدوثهما على أقرب ما ظهر، وإنما ظهر الكسب للحال فيجعل القول قول من يدعي حدوثه في الحال، وهو العبد، ولأن العبد بعتق البعض صار مكاتباً حكماً عند أبي حنيفة رحمه الله فيعتبر بما لو كان مكاتباً حقيقة، والمكاتب الحقيقي فيما في هذه بمنزلة الحر والقول قول الحر فيما في يده أنه له عند منازعة غيره إياه كذا ها هنا.

وإذا كان العبد بين رجلين، شهد شاهدان على أحدهما أنه أقر أنه أعتقه وهو موسر فالقاضي يقضي بعتقه، وكان لشريكه أن يضمنه وكان ولاء العبد له، وإن جحد ذلك إلا أن القاضي لما قضى عليه بالعتق فقد كذبه في جحوده، فالتحق جحوده بالعدم. ولو شهدوا عليه أنه أقر أنه حر الأصل فالقاضي يقضي بحريته ولا ولاء له عليه وليس لشريكه أن يضمنه، بخلاف المسألة الأولى.

والفرق: أنا نعتبر إقراره الثابت بالبينة بالثابت معاينة، ولو عاينا إقراره بالإعتاق كان

---

(١) بياض بالأصل.

ولاؤه له وكان لشريكه أن يضمن لأنه أقر بسبب الضمان وليس الولاء، ولو عاينا إقراره أنه حر الأصل لم يكن له عليه ولاء، ولم يكن لصاحبه حق التضمين؛ لأنه ما أقر. . . .(١) لأن سببها على اليقين إعتاقه إياه وهو لم يقر بذلك.

ولو شهدا على إقراره أن الذي باعه قد كان أعتقه قبل أن يبيعه عتق من مال المشهود عليه؛ لأنا لو عاينا إقراره بذلك لكان يعتق عليه العبد؛ لأنه يجب إقراره بثبات فساد البيع وبطلان حق البائع في الثمن، وهذا إقرار على الغير وحرية العبد وفساد ملكه، وهذا إقرار منه على نفسه، وإقرار الإنسان على نفسه صحيح، فكذا إذا ثبت إقراره بالبينة.

وإن شهدا على إقراره أن الذي باعه قد كان دبره قبل أن يبيعه أو كانت أمة شهدوا على إقراره أنها ولدت من البائع قبل البيع، فإنه يحال بين المشتري وبينهما؛ لأنه لو ثبت إقراره بذلك معاينة كان الجواب كما قلنا؛ لأنه أقر على نفسه بقصر يده عنها وبحرية استرقاقه إياها وهذا من غلته، فيصح إقراره بذلك، فكذا إذا ثبت إقراره بالبينة، ولا يعتق واحد منهما حتى يموت البائع فإذا مات عتقا؛ لأنه لو عتق بإقرار المشتري والمشتري ما أقر بالعتق إلا بعد موت البائع، ولا تسعى لواحد منهما لأن السعاية بدل الملك وكل واحد منهما يتبرأ عن ملكهما، فيكون متبرئاً عن سعايته.

ذكر البقالي في «فتاويه» عن أبي يوسف فيمن شهد عليه رجل أنه قال سنة ست كل مملوك لي حر بعد موتي، وشهد آخر أنه قال بذلك سنة سبع، وشهد آخر أنه قال ذلك سنة ثمان ومات فيها، يعني: في سنة ثمان، وقالوا: لا ندري رقيقه، قال: من أقام من رقيقه بينة أنه كان له سنة ست عتق بشهادة الآخرين يعني الأوسط، هكذا ذكر، ومعناه أن شهود هذا الرقيق شهدوا أنه كان له سنة ست مطلقاً ولم يقولوا كان له سنة ست وقت مقالته ذلك، أما لو قالوا: إنه كان له سنة ست وقت مقالته ذلك بشهادة الأوسط، والآخر لم يعتق، ولا يعتق من كان له سنة ثمان قال ثمة، قال ذلك أيام. . . .(١).

وفي آخر عتاق [٣٣٢ب/ ١] «الأصل»: إذا قال الرجل لعبده: إن دخلت دار فلان، فأنت حر فشهد فلان وآخر أنه دخل الدار تقبل شهادتهما. فرق بين هذا وبينما إذا قال له: إن كلمت فلاناً فأنت حر، فشهد فلان وآخر أنه كلمه لا تقبل شهادتهما، والفرق أن الذي شهد أنه كلمه شاهد على فعل نفسه؛ لأن كلام العبد معه لا يتحقق إلا بحضرته وسماعه، وذلك فعل. وشهادة الإنسان على فعل نفسه لا تقبل، فخرج هو من البين فلم يبق إلا شاهد واحد، فأما صاحب الدار ما شهد على فعل نفسه إنما شهد على فعل العبد لا غير، لأنه لا يحتاج في دخول العبد داره إلى فعل من جهته، فكان شاهداً على فعل الغير من كل وجه ولهذا افترقا.

إن شهد ابنا فلان أن العبد قد كلم أباهما، فإن كان الأب يدعي ذلك لا تقبل شهادتهما، وإن كان يجحد فعلى قول أبي يوسف رحمه الله: لا تقبل شهادتهما، وعلى

---

(١) بياض بالأصل.

قول محمّد تقبل، والأصل أن شهادة الابن على فعل أبيه إذا كان للأب فيه منفعة لا تقبل بلا خلاف، وإذا لم يكن للأب فيه منفعة فهو على الخلاف، وستأتي المسألة مع أجناسها في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى، والله أعلم.

الفصل الثامن
في تفويض العتق إلى غيره

إذا قال لأمته: أمرك بيدك ينوي العتق، فهذا على المجلس، وكذلك إذا قال لأجنبي: أمر أمتي فلانة بيدك ينوي العتق، فهذا على المجلس. ولو قال لأمته: أعتقي نفسك، فهو على المجلس ولو قال لأجنبي: أعتق أمتي فلانة فهذا على المجلس وما بعده، والجواب في العتاق في هذا نظير الجواب في الطلاق، وكذلك إذا قال لأمته: أنتِ حرة إن شئت، تعتبر مشيئتها في المجلس حتى لو شاءت بعدما قامت عن المجلس لا يعتق، ولو قال لأمة من أمائه: أنتِ حرة وفلانة إن شئت، فقالت قد شئت نفسي لا تعتق؛ لأن قوله: إن شئت، كلام لا يستقل بنفسه فينصرف إلى ما سبق ذكره، والسابق ذكره عتقها، فصار شرط وقوع العتق مشيئتها عتقهما كأنه قال لها: إن شئت عتقك وعتق فلانة فأنتما حران، فإذا شاءت عتقت نفسها فقد أتت ببعض الشرط فلا ينزل شيء من الجزاء.

قال محمّد رحمه الله في «الجامع»: إذا قال الرجل لغيره: من شئت عتقه من عبيدي فأعتقه، فشاء المخاطب عتقهم جميعاً معاً عتقوا جميعاً إلا واحداً منهم عند أبي حنيفة رحمه الله، والخيار إلى المولى، وعندهما يعتقون جميعاً، هكذا ذكر المسألة في رواية أبي سليمان. وذكر محمّد في رواية أبي حفص: فأعتقهم المأمور جميعاً معاً عتقوا إلا واحد منهم عند أبي حنيفة رحمه الله، والصحيح رواية أبي حفص؛ لأن المعلق بمشيئة المأمور الإعتاق دون العتق، وعلى هذا الاختلاف إذا قال: من شئت عتقه من عبيدي فهو حر، فأعتقهم جميعاً عتقوا عندهما.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: يعتق الكل إلا واحد منهم، وأجمعوا على أنه لو قال: من شاء عتقه من عبيدي فأعتقه، فأعتقهم جميعاً، عتقوا جميعاً، والخلاف فيما إذا كانت المشيئة مضافة إلى المخاطب لا إلى العبيد.

وجه قولهما: أن كلمة من كلمة عامة وهي محكمة في إفادة العموم، وكلمة من كما تحتمل التبعيض تحتمل الجنس، قال الله تعالى: ﴿فَٱجۡتَنِبُواْ ٱلرِّجۡسَ مِنَ ٱلۡأَوۡثَٰنِ﴾ [الحج: ٣٠] ويقال: باب من حديد والمراد هو الجنس فنعمل بالمحكم ونرد المحتمل عليه، ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه وجد ههنا ما يوجب العموم وهو كلمة من وما يوجب الخصوص وهو كلمة من فإن كلمة من للتبعيض لغة، والعمل هنا ممكن بأن يدخل جميع العبيد تحت الأمر إلا واحداً منهم، وإنما اكتفينا بالواحد منهم في حق العمل بكلمة من؛ لأن كلمة من ههنا مذكورة لإخراج بعض العبيد عن الجملة لأن من تتناول الكل، فكانت من لإخراج بعض ما

دخل تحت الأمر، والواحد متيقن، وما زاد عليه مشكوك، فلا يخرج بالشك والاحتمال، وفي قوله: من شاء عتقه من عبيدي فأعتقه بما يوجب الخصوص غير ممكن؛ لأنا لو عملنا بما يوجب الخصوص ابتداء وجعلنا الداخل تحت الأمر بعض العبيد يلزمنا العمل بما يوجب العموم انتهاء؛ لأن البعض الداخل تحت الأمر يصير عاماً لأنه موصوف بصفة عامة، وهي المشيئة فتعم فقلنا بالعموم ابتداء قصراً للمسافة.

أما في مسألتنا: العمل بما يوجب الخصوص في الابتداء لا يوجب العمل في الانتهاء؛ لأن الداخل تحت الأمر مطلق عن الصفة، والخارج كذلك، فلا يعم في الانتهاء فعملنا بها لهذا.

ولو قال لأمتين له: أنتما حران إن شئتما، فشاءت إحداهما فهو باطل؛ لأن معنى كلامه: إن شئتما حريتكما، فلا يتم الشرط بمشيئة إحديهما. ولو قال لهما: أيتكما شاءت العتق فهي حرة، فشاءتا جميعاً عتقا؛ لأن كلمة أي تتناول كل واحدة على الانفراد، ولو شاءت إحداهما عتقت التي شاءت، ولو شاءتا فقال المولى: أردت أحديهما صدق ديانة لا قضاء والجواب في العتق نظير الجواب في الطلاق.

وفي «المنتقى»: بشر عن أبي يوسف: إذا قال لأحد: أعتق أي عبيدي شئت، فأعتق المامور كلهم جاز.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف رحمه الله: إذا قال لغيره: أعتق أي عبيدي شئت، فليس له أن يعتق أكثر من واحد، ولو أعتق أكثر من واحد منهم لم يقع إلا على واحد منهم.

ولو قال: كل أي هذا الطعام شئت، فله أن يأكل كله. وفرق بين العبيد والطعام على رواية ابن سماعة. وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف رحمه الله: الذين يشاؤون العتق منهم فهم أحرار فشاء واحد لا يعتق، وإن شاء اثنان فصاعداً عتقوا، كأنه قال: إن شاء عبدان من عبيدي العتق فهم أحرار، وكذلك لو قال: إن دخل عبيد من عبيدي الدار فهم أحرار فدخل واحد لا يعتق، وإن دخل اثنان فصاعداً عتقوا. . .[1]

وفي «الأصل» عن محمّد: رجل قال لغيره: جعلت عتق عبدي إليك فليس له أن ينهاه، وهو إليه في المجلس كذلك لو قال: أعتق أي عبدي هذين شئت، وكذلك العتاق مما يجعل.

ابن سماعة عن محمّد رحمه الله في رجل قال لعبده: افعل في نفسك ما شئت، قال: إن أعتق نفسه قبل أن يقوم من مجلسه عتق وإن قام قبل أن يعتق نفسه لم يكن له أن يعتق نفسه بعد ذلك، وله أن يبيع نفسه وأن يهب نفسه، وأن يتصدق بنفسه على ما شاء.

هشام قال: سمعت محمّداً يقول في رجل عاينته امرأته في جاريته، فقال لها: هو بيدك فأعتقتها المرأة، قال: إن نوى المولى العتق عتقت وإلا فلا فإن هذا على البيع، فإن

(١) بياض بالأصل.

قال: أمرك فيها جائز، فهذا على العتق وغيره، وفي وكالة «الأصل» الوكيل بالإعتاق بمال لا يملك أن يقبض المال إذا أعتق.

وفيه أيضاً: الوكيل بالإعتاق المطلق لا يملك التدبير والكتابة والإعتاق وعلى مال، وكذا لا يملك التعليق بالشروط والإضافة إلى الأوقات. وإذا قال لعبد: أعتق نفسك بما شئت، فأعتقه على دراهم فهو جائز إذا رضي المولى، وعلى هذا الخلع والطلاق، وهذا لأن الواحد لا يصلح وكيلاً من الجانبين في هذه العقود ما لم يكن ببدل مسمىٰ، فصار وجود هذا التوكيل والعدم بمنزلة، ولو عدم التوكيل فقال العبد: أعتقت نفسي على كذا، أو قالت المرأة: خلعت بكذا طلقت نفسي بكذا إذا رضي به الزوج والمولى جاز وإلا فلا، كذا ها هنا، ولو كان البدل مسمى في هذه العقود، فقال العبد: أعتقت نفسي على كذا، فقالت المرأة خلعت نفسي على كذا جاز، ولا يشترط رضا المولى بعد ذلك، هكذا ذكر في «ظاهر الرواية»، فعلى ظاهر الرواية جوز توكيل الواحد من الجانبين إذا كان البدل مسمى، ولم يجوز ذلك [٣٣٣أ/ ١] إذا لم يكن البدل مسمى.

وروى ابن سماعة عن محمّد رحمه الله في «نوادره»: أنه جوز توكيل الواحد من الجانبين في هذه العقود وإن لم يكن البدل مسمى، وبعض مشايخنا رجحوا رواية ابن سماعة عن محمّد رحمه الله.

وفي «الأصل»: إذا قال لعبده: أنت حر فيما شئت، أو إذا شئت، أو كلما شئت، فقال العبد: لا أشاء ثم باعه ثم اشتراه شاء العتق، فهو حر. والجواب في العتق نظير الجواب في الطلاق. ولو قال: أنت حر حيث شئت، فقام من ذلك المجلس بطل العتق؛ لأن حيث لتعميم المكان لا لتعميم الزمان فبقيت المشيئة مطلقة عن الوقت، والمشيئة المطلقة عن الوقت تقتصر على المجلس، ولو قال له: أنت حر كيف شئت، فعلى قول أبي حنيفة يعتق من غير مشيئة، وعلى قولهما لا يعتق من غير مشيئة، والجواب في العتاق في هذا نظير الجواب في الطلاق، والله أعلم بالصواب.

الفصل التاسع
في التدبير

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع في بيان صورته وصفته وحكمه

فنقول: التدير نوعان مطلق ومقيد، أما المطلق فصورته: أن يقول المولى لعبده: إذا مت فأنت حر ويقول. . .[1] فأنت حراً ويقول أنت حر بعد موتي أو يقول دبرتك أو يقول أنت مدبر، والحاصل أن المدبر المطلق من تعلق عتقه بمطلق موت المولى، ومن حكمه

(١) بياض بالأصل.

أنه لا يجوز بيعه عند علمائنا رحمهم الله، وإنما لا نجوز بيعه؛ لأن التدبير المطلق انعقد سبباً للحرية للمال وإن تراخى حكمه إلى ما بعد الموت.

وبيان ذلك: أن العتق يثبت عند الموت، والمعتق لا بد له من الإعتاق لو لم يجعله إعتاقاً للحال يحتاج إلى جعله إعتاقاً بعد الموت، والإعتاق فعل والميت ليس من أهل الفعل، فمست الضرورة إلى جعله إعتاقاً للحال، وذلك لا يمكن إلا بجعل الشرط دليلاً على حكم السبب، ومتى جعل ذلك يبقىٰ قوله: أنت حر بلا شرط، فينعقد سبباً للحرية وإن تراخى حكمه.

إذا ثبت هذا فنقول: انعقاد سبب الحرية حق الدبر، فلو جاز بيعه لبطل هذا الحق، وإنه لا يحوز. ولو قضى قاضٍ بجواز بيعه ينفذ؛ لأن المسألة مختلفة، والموضع موضع الاشتباه.

وأما التدبير المقيد فصورته: أن يقول الرجل لعبده: إن مت من مرضي هذا فأنت حر، أو يقول: إن مت من مرض كذا أو يقول: إن مت من. . .[1] كذا، فأنت حر، وله صور كثيرة تأتي بعد هذا.

والحاصل: أن المدبر المقيد من لا يكون عتقه معلقاً بمطلق موت المولى، وهذا التدبير لا يمنع جواز بيعه، ولكن إذا لم يبعه ووجد الشرط يعتق.

وإذا قال لعبده أنت حر يوم أموت؛ إن لم ينو النهار دون الليل كان مدبراً مطلقاً، لأن اليوم إذا كان مضافاً إلى ما لا يتقيد بالنهار يكون عبارة عن مطلق الوقت، فكأنه قال: أنت حر وقت ما أموت. وإن نوى النهار دون الليل كان مدبراً مقيداً؛ لأن موته بالنهار قد يوجب وقد لا يوجد فكان بمنزلة ما لو قال: إن مت من مرضي هذا.

ولو قال لها: أنت حر بعد موتي وموت فلان، أو قال بعد موت فلان وموتي فهذا لا يكون مدبراً في الحال، لأن المدبر المطلق من تعلق عتقه بمطلق موت المولى وعتق هذا العبد ما تعلق بمطلق موت المولى، إنما تعلق بموته وموت فلان، فإن مات فلان أولاً والغلام في ملك المولى إلى أن يصير مدبراً مطلقاً؛ لأن بعد موت فلان يصير عتقه مطلقاً بمطلق موت المولى، فإن مات المولى قبل موت فلان لا يصير مدبراً، وكان للورثة أن يبيعوه؛ لأن بعد موت المولى يصير عتقه معلقاً بموت الأجنبي، فيعتبر بما لو علق عتقه بموت الأجنبي ابتداء، وهناك لا يصير مدبراً. وإذا مات المولى قبل الأجنبي يصير. . .[1] لورثته، كذا ها هنا. .

ولو قال: إذا كلمت فلاناً فأنت حر بعد موتي فكلم فلاناً يصير مدبراً بناءً على ما قلنا.

وفي «المنتقىٰ»: قال محمّد رحمه الله: عبد بين رجلين قال أحدهما للعبد: إن مت أنا وفلان يعني شريكه ـ فأنت حر لم يكن مدبراً، وكذلك لو قال الآخر مثل ذلك فمات أحدهما صار العبد مدبراً من الآخر.

---

(١) بياض بالأصل.

وفي «الأصل»: إذا قال له أنت حر بعد موتي إن شئت، فإن المولى ينوي في ذلك؛ لأن قوله: إن شئت يجوز أن يكون المراد منه المشيئة في الحال، ويجوز أن يكون المراد منه المشيئة بعد الموت، فإن كان المراد منه الساعة صحت نيته؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه. وإذا قال العبد ساعتئذ شئت يصير مدبراً، ويصير تقدير المسألة: أنت حر بعد موتي إن شئت الساعة، وهناك إذا شاء الساعة يصير مدبراً؛ لأن بعد المشيئة يصير عتقه معلقاً بمطلق موت المولى، وإن كان أراد مشيئته بعد الموت صحت نيته أيضاً، وتكون له المشيئة بعد الموت، وكذا إذا لم يكن له نية. ويكون له المشيئة بعد الموت، لأنه لم يذكر للموت وقتاً من حيث التصرف ولا للمشيئة من وقت، فكأنه جعل وقتها بعد الموت؛ وأيهما ذكرت بعد الموت أولى. وإذا كان له المشيئة بعد الموت في هذين الفصلين ذكر أنه لا يكون مدبراً؛ لأنه ما تعلق عتقه بمطلق موت المولى بل بموته وبمشيئة العبد ذلك بعد ذلك، والمدبر من تعلق عتقه بمطلق موت المولى، بل بموته وبمشيئة العبد بعد ذلك، والمدبر من تعلق عتقه بمطلق موت المولى أو نقول المدبر من تعلق عتقه بمطلق موت المولى، وها هنا المتعلق بموت المولى الإيصاء بالعتق لا وقوع العتق، وهذا اللفظ يشير إلى أن هذا العبد لا يعتق، وإن شاء العتق بعد موت المولى ما لم يعتقه الوصي، وهو اختيار الفقيه أبي بكر الرازي، هكذا ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله.

وجه ذلك أنه تعذر: تعليق وقوع العتق بمشيئة توجد بعد الموت؛ لأن العتق لو وقع بمشيئة توجد بعد موت المولى إما أن يقع بحكم التدبير ولا وجه إليه؛ لأن العتق في التدبير يقع بمجرد موت المولى، وأما أن يقع بحكم اليمين ولا وجه إليه أيضاً؛ لأن العتق حينئذٍ يكون مضافاً إلى حال زوال المعلق وإنه لا يصح، وإذا تعذر تصحيح التدبير واليمين جعلناه إيصاء بالعتق إن شاء العبد؛ لأن في التدبير وصية بالعتق. فصار كأنه قال: أعتقوا عبيدي بعد موتي إن شاء، ولو صرح به يصح، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «شرحه» أنه إذا مات المولى فشاء العبد عتقه فهو حر من ثلثه لوجود الشرط لا بالتدبير، وهذا تنصيص على أن المعلق بمشيئة العبد بعد موت العتق لا الإيصاء بالعتق.

وفي «المنتقىٰ» ابن سماعة عن محمّد رحمه الله: إذا قال لعبده: إذا مت فأنت حر إن شئت، فالمشيئة بعد الموت، وقال أبو حنيفة رحمه الله: المشيئة على المجلس الساعة. قال محمّد رحمه الله: وكذلك إذا قال: إن شئت فأنت حر بعد موتي، فالمشيئة بعد الموت، قال: ألا ترى أنه لو قال: إذا جاء غدٍ، فأنت حر إن شئت اكتسب المشيئة إليه بعد طلوع الفجر من الغد فكذا في الموت، وسوى بين تقديم المشيئة وتأخيرها.

وذكر المعلىٰ عن أبي يوسف رحمهما الله في «الإملاء» رجل قال لعبده: أنت حر بعد موتي إن شئت، أو قال: إن شئت فأنت بعد موتي فالمشيئة للعبد فيهما جميعاً بعد الموت في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا قدم المشيئة فالمشيئة للعبد الساعة، وإذا أخر فالمشيئة له بعد الموت.

وفي «المنتقى» أيضاً عن محمّد رحمه الله إذا قال لعبده: أنت حر بعد موتي إن

شئت ذلك بعد موتي، فقام عن مجلسه الذي علم بموت المولى فيه لم يبطل ما جعله إليه حتى يقول قد أبطلت الوصية والمشيئة في ذلك، وإن نهاه عن ذلك في حياته بطل.

وفي «الأصل»: لو قال له: أنت حر بعد موتي إن دخلت الدار، لا يصلح هذا التصرف عندنا أصلاً، بخلاف ما إذا قال: أنت حر بعد موتي إن شئت. والفرق أن في فصل المشيئة صححنا تصرفه بطريق الوصية، وتعليق الوصية [٣٣٣ب/ ١] بالمشيئة صحيح، وتعذر تصحيح هذا التصرف بطريق الوصية لأن تعلق الوصية بدخول الموصى له الدار باطل.

وإذا قال لعبده: أنت حر بعد موتي بيوم أو قال: شهر فهذا لا يكون مدبراً، وهذا التصرف إيصاء بالعتق، حتى لا يعتق بعد موت المولى بمضي يوم أو مضي شهر ما لم يعتقه الوصي، وإذا قال: أنت حر إن مت إلى مئتي سنة فهذا مدبر مقيد يجوز بيعه؛ لأنه يتصور أن لا يموت إلى مئتي سنة.

ولو قال لعبده: أنت مدبر على ألف درهم فقبل، فهو مدبر والمال ساقط. أما هو مدبر؛ لأن التدبير على المال شرط لزومه قبول المال كالعتق على المال شرط لزومه قبول المال، وأما المال ساقط؛ لأنه لو وجبت وجبت على المدبر، ولا يجب للمولى على المدبر شيء لأن المدبر ملكه بخلاف الإعتاق على المال لأن هناك المال يجب على المعتق.

وفي «المنتقى» بشر عن أبي يوسف رجل قال لعبده: أنت مدبر على الألف درهم، قال أبو حنيفة رحمه الله: القبول إليه بعد الموت، وللمولى أن يبيعه قبل الساعة، أوْ لم يقبل. فإذا مات وهو في ملكه. . . .[1]، فإن قال قد قبلت أداء الألف، وعتق كأنه قال: أنت حر بعد موتي بالألف، وقال أبو يوسف: إن لم يقبل الساعة فليس له أن يقبل بعد ذلك، وإن قبل الساعة كان مدبراً وعليه ألف درهم إذا مات سيده، وإن لم يكن له مال غيره سعى في الأكثر من الألف ومن ثلثي القيمة وعتق المدبر يعتبر من ثلث المال مطلقاً كان أو مقيداً، وهو مذهب عليّ وسعيد بن المسيب وشريح والحسن وابن سيرين، وقد صح برواية ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله عليه السلام جعل المدبر من الثلث[2]، وقوله: وعتق المدبر يعتبر من ثلث المال أراد به بعد الدين، حتى إذا كان على الميت دين مستغرق لماله أو قيمة المدبر فالمدبر يسعى في جميع قيمته للعرف؛ لأن عتقه بطريق الوصيه والوصية. . .[1] فيجب رد عتقه، وذلك بإيجاب السعاية عليه، وإن لم يكن على الميت دين فهو حر من ثلث ماله، حتى إذا لم يكن له مال آخر سوى المدبر يسعى في ثلثي قيمته مدبراً للورثة، فمعرفة قيمة المدبر يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

---

(١) بياض بالأصل.

(٢) أخرجه ابن ماجه في العتق حديث ٢٥١٤، والبيهقي في السنن الكبرى ١٠/ ٣١٤، والطبراني في المعجم الكبير ١٢/ ٣٦٧، والمتقي الهندي في كنز العمال ٢٩٦٧٠.

وإذا قال لعبده: إن مت فلا سبيل لأحد عليك يصير مدبراً، وإذا قال لعبده أوصيت لك برقبتك، فقال: لا أقبل فهو مدبر، ورده ليس بشيء، رواه ابن رستم عن محمّد رحمه الله.

نوع
آخر من هذا الفصل

قال محمّد رحمه الله في «الأصل»: إذا قال الرجل: كل مملوك لي حر بعد موتي، أو قال: مملوك أملكه، فهو حر بعد موتي، قال: ما كان في ملكه يوم قال هذه المقالة فهو مدبر لا يجوز بيعه وما يملكه بعد ذلك لا يصير مدبراً، ويجوز بيعه، ولكن إذا بقي في ملكه إلى وقت الموت يعتق من ثلث ماله مع المدبرين، وقال أبو يوسف رحمه الله: ما يملكه بعد هذه المقالة لا يعتق بموته، ووجهه ظاهر. إن قوله كل مملوك لي للحال بحكم الموضع، وقوله أملكه للحال بحكم العرف، فقد أضاف عتق ما يملكه في المال إلى ما بعد الموت، فإنما يعتق ما يملكه في الحال لا ما يملكه بعد ذلك، ألا ترى أنه لو نجز فقال: كل مملوك لي حر، أو قال: كل مملوك أملكه، فهو حر، فإنما يعتق ما هو في ملكه في الحال، ولا يعتق ما يملكه بعد ذلك، ومحمّد رحمه الله يقول: باب التدبير ما صح من حيث إنه عتق مضاف إلى وقت في المستقبل؛ لأن الإضافة حصلت إلى حال زوال الملك، وإنما صحت بطريق الوصية؛ لأن إضافة الوصية إلى حال زوال الملك جائزة شرعاً نظراً للعباد، وإذا كان جواز هذا التصرف بطريق الوصية يجب اعتبارها بالوصية.

ومن قال. . .[١] لفلان بكل مملوك لي، أو قال: بكل مملوك أملكه، ولم ينص على الحال يتناول ذلك ما يملكه للحال وما يملكه بعد ذلك كذا ها هنا، إلا أن ما يملكه في الحال يصير مدبراً؛ لأن السبب في حقه وهو الوصية انعقد للحال، وما يملكه بعد ذلك لا يصير مدبراً؛ لأن السبب هو الوصية لا ينعقد في حقه للحال، وإنما ينعقد عند الموت كما في المدبر المقيد.

وعن أبي يوسف برواية ابن سماعة أن الحالف لو قال: نويت كل مملوك لي يومئذٍ يدخل فيه ما يستفيده، ولم يصدق على ما في يده وهم مدبرون، قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله: هذا خلاف الأصل، وإذا قال: كل مملوك لي حر بعد موتي لا يدخل تحته كل مملوك بينه وبين غيره؛ لأن هذا التصرف إما أن يعتبر بالعتق المنجز أو بالوصية، وبأي ذلك اعتبرنا لا يدخل تحته عبد بينه وبين غيره؛ لأن اسم المملوك لا ينطلق على. . . .[١]

نوع
آخر من هذا الفصل

وتدبير الصبي عنده لا يصح؛ لأنه مما يضره، ويستوي فيه التنجيز والتعليق ببلوغه حتى إذا قال للصبي بقيده: إذا أدركت فأنت حر بعد موتي لا يصح، وكذلك المجنون

---

(١) بياض بالأصل.

والمعتوه الغالب لا يصح تدبيرهما، ويصح تدبير السكران، وكذا المكره على التدبير إذا دبر يصح تدبيره، وإنما يصح باعتبار العتق لا من حيث إنه وصية، فإن الوصية من المكره لا تصح، والمكاتب إذا دبر مملوكاً من كسبه لا يصح، وكذا العبد المأذون له في التجارة إذا دبر لا يصح تدبيره.

وإذا قال لغيره: دبر عبدي، فأعتقه المأمور لا يصح، لأنه أمره بعتق معلق وقد أتىٰ بعتق منجز، وهما مختلفان.

وإذا جعل الرجل أمر عبده إلى صبي، فقال: دبره إن شئت فدبره، فهو جائز سواء كان الصبي يعقل أو لا يعقل، إن كان يعقل فظاهر، وإن كان لا يعقل فطريقه: أن يجعل كلام الصبي شرطاً لوقوع التدبير، كأنه قال لصبي لا يعقل: إن قلت إنك مدبر فهو مدبر، وقول الصبي يصلح لشرط وقوع التدبير كما يصلح شرط وقوع الحرية، وإذا جعل أمر عبده في التدبير إلى رجلين فدبره أحدهما لا يصح.

وإذا دبر عبده، ثم ذهب عقله ومات فالتدبير على حاله وإن كان فيه معنى الوصية، بخلاف ما إذا أوصى برقبته لإنسان ثم جن، ثم مات حيث تبطل الوصية. والفرق أن الوصية بالرقبة لا تقع لازمة حتى يملك الوصي فسخها قصداً بالرجوع، وحكماً بالبيع، فيكون لولد. . . .(١) حكم للابتداء مما يمنع ابتداء الوصية يمنع بقاؤها. أما التدبير يجب له ذمةً حتى لا يملك المولى فسخه، فلا يكون لدوامه حكم الابتداء حتى يقال ما يمنع ابتداؤه يمنع بقاه.

ولو قال: يوم أدخل الدار فعبدي هذا حر بعد موتي، فذهب عقله ثم دخل الدار كان مدبراً، وكان ينبغي أن لا يصير مدبراً؛ لأن المعلق بالشرط عند الشرط كالمرسل، وعند الشرط هو معتق، قلنا: المعلق بالشرط كالمرسل عند الشرط، ولكن على الوجه الذي تعلق بالشرط، وقد تعلق بالشرط تدبير صحيح، فينزل عند الشرط تدبيراً صحيحاً أيضاً.

وفي اختلاف زفر ويعقوب إذا قال لعبده: إن مت أو قتلت فأنت حر، فعلى قول زفر هو مدبر؛ لأن عتقه تعلق بمطلق موت المولى حتى يعتق إذا مات على أي وجه مات، وعلى قول أبي يوسف: لا يكون مدبراً؛ لأنه علق عتقه بأحد شيئين، فالقتل إن كان موتاً فالموت ليس بقتل، والتعليق بأحد الشيئين يمنع أن يكون. . . .(١) في أحدهما خاصة، فلا يصير مدبراً حتى يجوز بيعه، والله أعلم.

نوع
آخر من هذا الفصل

كل تصرف يقع في الحر بحال الإجارة والاستخدام والتزويج لا يمتنع في المدبر

---

(١) بياض بالأصل.

حتى أن المولى يملك إجارة المدبر والمدبرة، واستخدامهما وتزويجهما، وكل تصرف لا يقع لحر نحو البيع والإمهار يمتنع في المدبر حتى إن المولى لا يملك بيعهما وإمهارها، وهذا لأن المدبر باق على حكم ملك المولى إلا أنه انعقد سبب الحرية في حقه، وكل تصرف يبطل هذا السبب فالتدبير يمنع المولى عنه صيانة لحق المدبر عن البطلان، وكل تصرف لا يبطل هذا السبب فالمولى يكون مطلقاً فيه بحكم ملك الرقبة.

إذا بثت هذا فنقول: الإجارة والنكاح والاستخدام لا يبطل هذا السبب، فلا يمنع على المولى بحكم التدبير، ويجوز كتابته أيضاً؛ لأن بالكتابة لا يبطل [٣٣٤أ/ ١] السبب المنعقد حقاً للمدبر، بل بالكتابة يتعجل عند أداء بدل الكتابة ما كان مؤخراً إلى يوم الموت ويجوز رهنه؛ لأن موجب الرهن هو....[1] بدار استيفاء، واستيفاء الدين من مالية المدبر غير ممكن، لأن استيفاء الدين من المالية يكون بطريق البيع، وبيع المدبر لا يجوز، وإذا تعذر حقيقة الاستيفاء من مالية المدبر لا يثبت به الاستيفاء واكتساب المدبر والمدبرة للمولى، وكذلك إن بيعهما ومهرهما للمولى؛ لأنهما بقيا على حكم ملك المولى كالأمة، وولاؤهما للذي دبر لا ينتقل عنه حتى إن المدبر إذا كان بين اثنين أعتقه أحدهما وهو موسر وضمن قيمته في نصيب شريكه عتق المدبر، ولم يتغير المولى؛ لأن العتق ها هنا ثبت من جهة المدبر في الحقيقة لا من جهة الذي أعتقه؛ لأن المعتق بأداء الضمان لا يملك نصيب الشريك ها هنا؛ لأن المدبر لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك، وإنما وجب الضمان لإيثار الحيلولة بين المدبر والمولى إبراء أن يقال بأن المعتق يتملك نصيب صاحبه من المدبر ولاء، ولما كان الطريق هذا كان العتق في نصيب المدبر من جهته لا من جهة المعتق، فيكون الولاء للمدبر بهذا، والله أعلم.

نوع
آخر من هذا الفصل

عبد بين رجلين دبره أحدهما، فعلى قول أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله: يصير الكل مدبراً؛ لأن التدبير عندها لا يتجزأ، وعند أبي حنيفة رحمه الله يقتصر التدبير على نصيب المدبر؛ لأن التدبير عنده متجزىء، والشريك الساكت في نصيبه خيارات خمسة، فعند أبي حنيفة: إن كان المدبر موسراً إن شاء دبر نصيبه، وإن شاء أعتق، وإن شاء استسعاه ليعتق، وإن شاء تركه كذلك، وإن شاء ضمن المدبر قيمة نصيبه. وخيارات أربعة إن كان المدبر معسراً: ليس له حق تضمين المدبر في هذه الصورة، كذا ذكر المسألة في عتاق «الأصل»، وذكر هذه المسألة في «الجامع الكبير»، ولم يذكر خيار العتق.

حكي عن الفقيه أبي بكر البلخي رحمه الله أنه كان يقول: في المسألة روايتان: على رواية «الجامع» ليس للساكت أن يعتق نصيبه، وكان يأخذ بهذه الرواية ويقول بأن الساكت بإعتاق نصيبه يضر بالمدبر بتفويت منفعة الحرمة من غير حاجة إليه، ولا يجوز للإنسان أن

---

(١) بياض بالأصل.

يضر بغيره من غير حاجة، بخلاف ما لو عتق الأول نصيبه، فإن للساكت أن يعتق إذ ليس في تلك الصورة في إعتاق نصيبه إبطال حق الحرمة على صاحبه؛ إذ ليس لصاحبه حق الخدمة بعد ما أعتق نصيبه، فالخلاف ما إذا أراد الساكت أن يدبر نصيبه؛ لأنه لا يفوت على صاحبه منفعة الخدمة، بل يبقى حق الخدمة كما كان، وبخلاف ما إذا أراد استسعاء العبد فإن له ذلك، وإن كان يعتق نصيبه ويفوت حق صاحبه في الخدمة؛ لأن الاستسعاء محتاج إليه ليصل إلى بدل ملكه، فإنه تعذر عليه الوصول إلى بدل ملكه بالبيع، فكان محتاجاً إلى الاستسعاء، وإنما احتاج إليه من جهة المدبر فكأن المدبر أعتق نصيبه.

وجه رواية كتاب العتاق: أنا لو منعناه عن الإعتاق فقد أبطلنا عليه ملكه من غير عوض، فمتى أطلقنا له الإعتاق إن كان يبطل حق صاحبه في الخدمة لكن بعوض، ولا شك أن الإبطال بعوض أولى من الإبطال بغير عوض، فإن اختار الساكت التدبير في نصيبه صارت الجارية مدبرة بينهما، وكان لكل واحد منهما أن يستسعيها، وأن يستخدمها بجهة الرق.

وإن أعتق نصيبه كان للمدبر خيارات ثلاثة في نصيبه إذا كان المعتق موسراً إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه مدبراً، وإن شاء استسعى العبد في قيمة نصيبه مدبراً.

وإن اختار الساكت استسعاء العبد، واستسعاه في قيمة نصيبه عتق نصيبه بأداء السعاية، وإن كان المعتق معسراً فللمدبر في نصيبه خيارات إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء استسعى العبد في نصيبه، وليس له أن يضمن المعتق نصيبه.

وإن كان موسراً فرق بين الاستسعاء وبين الإعتاق، فإن الساكت إذا أعتق نصيبه كان للمدبر أن يضمنه قيمة نصيبه إذا كان موسراً، وفي الفصلين جميعاً عتق نصيبه من جهته، وإن اختار الساكت أن يترك نصيبه على حاله فله ذلك؛ لأنه استيفاء ملك، وليس فيه إبطال حق على أحد، وإن اختار الساكت تضمين المدبر وضمنه قيمة نصيبه صار نصيبَ الساكت فهو كالمدبر، ويكون نصف العبد رقيقاً ونصفه مدبراً وكان للمدبر في النصف الذي ملكه من جهة صاحبه خيارات أربعة(١) إن شاء أعتقه، وإن شاء استسعاه وإن شاء تركه على حاله؛ لأنه استفاد الملك فيه من جهة الساكت فيكون فيه مثل ما كان للساكت، والله أعلم.

قد ذكرنا أن الساكت إذا أعتق نصيبه فللمدبر أن يضمنه قيمة نصيبه مدبراً فلا بد من معرفة قيمة المدبر، وتكلم المشايخ فيه، بعضهم قالوا: ينظر بكم تستخدم هذه مدة عمره؛ لأن الباقي بعد التدبير ملك الخدمة لا غير، وبعضهم قالوا: يقوّم فائت المنافع التي تقوم بالتدبير، قالوا: وإلى هذا أشار محمّد رحمه الله في بعض الكتب.

وبعضهم قالوا: يعتبر نصف قيمته لو كان قناً؛ لأن الانتفاع بالمملوك نوعان: انتفاع

---

(١) ذكر المؤلف بعد ذلك ثلاثة خيارات ولم يذكر الخيار الرابع.

بعينه وانتفاع ببدله وهو الثمن، والانتفاع بالعين قائم وبالبدل وهو الثمن لا، فكان الباقي نصف قيمة القن، وإلى هذا مال الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله، وبعضهم قالوا: يعتبر ثلثا قيمته لو كان قناً؛ لأن المملوك ثلث منافع الاستخدام والاسترباح بواسطة البيع، وقضاء الدين بعد موت المولى وبالتدبير يفوت الاسترباح، أما لا يفوت الاستخدام، ولا قضاء الدين بعد موت المولى لأن المدبر يسعى بعد موت السيد. وبعضهم قالوا: يسأل عن. . .[1] أن العلماء لو اتفقوا على جواز بيع المدبر بكم تشتري هذا على أن المشتري أحق بمتابعته، دون رقبته وعلى أن يعتق بموته، قالوا بمئة يجب ذلك القدر.

وإذا كانت الأمة بين رجلين قالا لها جميعاً: أنت حرة بعد موتنا، فإن هذه لا تكون مدبرة؛ لأن كل واحد منهما بما علق عتق نصيبه بموته وموت صاحبه، فيعتبر في حق كل واحد منهما، إنما لو كان الكل له وقد علق عتقه بموته وموت الأجنبي فهناك لا يصير مدبراً للحال كذا ها هنا.

فإن مات أحدهما بعد هذه المقالة، فإن نصيب الآخر يصير مدبراً؛ لأن عتق نصيب الآخر بقي متعلقاً بموته، وإذا صار نصيبه مدبراً كان لورثة الميت من الخيار عند أبي حنيفة رحمه الله ما كان له لو كان حياً؛ لأن نصيب الحي إنما يصير مدبراً بعدما يصير ملك الميت ميراثاً لورثته؛ لأن شرط عتقه لا يتم بموته.

مدبرة بين رجلين مات أحدهما عتق نصيبه منها، وسعت للآخر في قيمة نصيبه، ولا ضمان له في تركة الميت؛ لأن الميت لو ضمن لصاحبه إما أن يضمن بالموت ولا وجه إليه أيضاً؛ لأن صاحبه. . . .[1] به لما ساعده على التدبير، ولكن الجارية تسعى للحي من نصيبه؛ لأن نصيب الحي بقي مالاً متقوماً بعد التدبير، وقد . . . .[1] عند المدبر لما عتق نصيب الميت، والله أعلم.

نوع
آخر من هذا الفصل

وإذا دبر الرجل ما في بطن جاريته فهو جائز؛ لأنه لو أعتقه يجوز فكذا إذا دبره، فإن ولدت بعد ذلك ولداً لأقل من ستة أشهر فهو مدبر، وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر لا يكون مدبراً؛ لأنا لم نتيقن بوجوده حين دبر، ومتى وقع الشك لا يثبت التدبير ألا ترى لو أعتقه ثم ولدت بعد ذلك، لأقل من ستة أشهر كان حراً، وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر لا يكون حراً، فكذا في فصل التدبير.

وإذا دبر الرجل ما في أمته فليس له أن يبيع الأمة بعد ذلك وأن يرهنها، وإن مَهَرَهَا ذكر في مسألة الهبة في بعض روايات كتاب العتاق، وسوّى بينهما وبين البيع، ولم يذكر مسألة الهبة في بعض روايات كتاب العتاق، وإنما ذكر البيع والإمهار والرهن، وذكر في كتاب الهبة [١٣٣٤/أ] إذا أعتق ما في بطن جارية ثم باع الجارية لا يجوز، ولو وهبها

(١) بياض بالأصل.

يجوز، وفرق في الإعتاق بين الهبة والبيع، فمن مشايخنا من قال: في المسألة روايتان، والأصح هو الفرق بين الإعتاق والتدبير، فنقول: بعدما دبر ما في بطن الجارية كما لا يجوز البيع لا يجوز الهبة، وبعد ما أعتق ما في بطن الجارية يجوز الهبة، ولا يجوز البيع. والفرق ظاهر أن بالتدبير لا يزول الولد عن ملك المولى قبل موت المولى، وإنه متصل بالأم، والموهوب إذا كان متصلاً بما ليس بموهوب من ملك الواهب اتصالاً يقبل الفصل يمنع جواز الهبة؛ لأنه يكون بمعنى هبة المشاع، فأمّا الإعتاق يزول الولد عن ملك المولى، فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب، فهو كما لو وهب دار ...[1] أن الواهب وسلمها إلى الموهوب له وهناك تتم الهبة في الدار كذا ها هنا.

فإن قيل: في فصل الإعتاق...[1] إن كان لا تفسد الهبة في الجارية من الوجه الذي قلتم لم لا تفسد من حيث إن الولد مستثنى شرعاً، قلنا: استثناء الولد شرعاً لا يمنع جواز الهبة، ألا ترى أنه لو استثناه شرطاً كانت الهبة جائزة في الأم.

ولو دبر ما في بطن أمته ثم كاتب الأمة يجوز؛ لأن الكتابة تعود للعتق، وثبوت حق العتق للولد لا يمنع عقد العتق في الأم، فإن وضعت بعد هذا القول ولداً لأقل من ستة أشهر فهو مدبر مقصود بالتدبير من جهة المولى، ومكاتب تبعاً للأم، فإن أدت الأمة بدل الكتابة إلى المولى عتقا بالكتابة، وإن لم تؤد حتى مات المولى عتق الولد بالتدبير، وتبقى الأم مكاتبة على حالها، وإن لم يمت المولى ولكن ماتت الأمة يبقى الولد فيما على الأم على نجوم الأم، فإن مات المولى بعد ذلك فإن كان الولد يخرج من ثلث ماله يعتق بحكم التدبير دبراً عن بدل الكتابة؛ لأنه مكاتب استفاد عتقاً من جهة المولى، فإن كان لا يخرج من ثلث ماله يعتق منه بقدر ما يخرج من ثلث ماله بغير سعاية بجهة التدبير، ويلزمه السعاية في الباقي من رقبته بجهة التدبير، بعد هذا يخير إن شاء مضى في الكتابة، وإن شاء مضى في السعاية بجهة التدبير، وإن كان بدل الكتابة أكثر إلا أنه نجم، والسعاية...[1] التدبير حال، فقد...[1] له جهتا حرية، فيختار الأنفع في حقه. وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله.

وإذا كانت الأمة بين اثنين دبر أحدهما ما في بطنها فهو جائز وإن ولدت بعد حمل لأقل من ستة أشهر صار نصيبه مدبراً عند أبي حنيفة، ويكون للساكت في نصيبه خيارات خمسة إن كان المدبر موسراً.

وإن جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر لا يصير نصيبه مدبراً، والنصف في هذه المسألة نظير الكل فيما إذا كانت الجارية كلها له.

وإذا كانت الأمة بين اثنين قال أحدهما لها: ما في بطنك حر بعد موتي، وقال الآخر للأمة أنت حرة بعد موتي، فولدت بعد هذه المقالة لأقل من ستة أشهر، فالولد كله يصير مدبراً بينهما؛ لأنها اجتمعا على تدبيره الأول دبر نصيبه منه تدبير مقصود، والثاني

---

(١) بياض بالأصل.

دبر نصيبه منه مع تدبير الأم ولا ضمان لواحد منهما على صاحبه في الولد؛ لأن كل واحد منهما فعل في الولد مثل ما فعل صاحبه، وأما في الأم فللذي لم يدبر الأم في نصيبه خيارات خمسة، عند أبي حنيفة رحمه الله: إن كان المدبر موسراً، وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت هذه المقالة فالولد مدبر للذي دبر الأم؛ لأن كلام الأول قد لغا؛ لأنها لم تتيقن بوجود الولد وقت تدبيره فكانت العبرة بكلام الثاني، وصار. . . .[١] كأن أحدهما دبر الجارية، وهناك إذا جاءت بالولد كان الولد مدبراً، فبعد ذلك التدبير عندهما لا يتجزأ فصار كل الجارية مدبرة للذي دبرها، فصار جميع الولد مدبراً له أيضاً تبعاً للأم.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: التدبير يتجزىء فيصير نصف الجارية مدبر للذي دبرها، ويصير نصف الولد مدبراً له تبعاً للحال الجارية فإن اختار الساكت بعد ذلك، فيضمن المدبر قيمة نصيبه من الجارية فلا ضمان له على المدبر بسبب الولد؛ لأن المدبر يتملك نصف الساكت من الجارية من وقت التدبير، ولهذا يعتبر قيمتها يوم التدبير واليوم التدبير ولد. . .[١] كان جزءاً من أجزاء الجارية، فيملك المدبر نصيب صاحبه من الولد بضمان الجارية كما لو اشترى، وإن اختار الساكت استسعى الجارية في نصف قيمتها ليس له أن يستسعي الولد بعد ذلك، وإن صار نصف الولد مدبراً إلا أنه صار مدبراً تبعاً وإذا كان تبعاً في التدبير يكون تبعاً، في السعاية أيضاً والله أعلم.

نوع
آخر من هذا الفصل

شهد شاهد على رجل أنه دبر هذا العبد، وشهد عليه آخر أنه أعتق هذا العبد لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما شهدا بأمرين مختلفين، وكذلك إذا شهد أحدهما أنه أعتق بعد موته خاصة، وشهد الآخر أنه أعتقه بعد موته وموت فلان لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما شهدا بأمرين مختلفين؛ لأن أحدهما شهد بعتق معلق بشرطين، والآخر شهد بعتق معلق بشرط واحد، وكذلك لو شهد أحدهما أنه دبر أحد عبديه، وشهد الآخر أنه دبر هذا العبد بعينه لا يقبل.

ولو شهدا أنه دبر أحد عبديه بغير عينه إن كانت الشهود في حال حياة المولى لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يقبل. وإن شهدا بذلك بعد موت المولى، ينظر إن لم توجد المرافعة إلى القاضي في حال حياة المولى قبلت الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله استحساناً، والقياس أن لا يقبل، وإن وجدت المرافعة إلى القاضي في حال حياة المولى وأبطل القاضي شهادة الشهود ثم شهدا بذلك بعد موت المولى لا يقبل القاضي شهادتهما عند أبي حنيفة رحمه الله قياساً واستحساناً؛ لأن القاضي إنما أبطل شهادتهما لتهمة الكذب لأنهما شهدا قبل الدعوى؛ لأن الدعوى من المجهول لا تتصور، والشهادة قبل الدعوى علامة الكذب في الشرع، وكل شهادة ردت بتهمة الكذب لا تقبل لهذا بعد ذلك أبداً.

---

(١) بياض بالأصل.

ولو شهد شاهدان على رجل أنه قال: هذا حر بعد موتي لا بل هذا قبلت الشهادة، وعتقا جميعاً من ثلثه إذا وجد الدعوى منهما بالإجماع؛ لأن الشهادة في حق كل واحد منهما قامت على إثبات الحق لمعلوم؛ لأنها قامت على تدبير الأول بعينه وقامت على تدبير الثاني بعينه، والرجوع عن الأول فهو قولنا: إن الشهادة في كل واحد منهما قامت على إثبات الحق لمعلوم، وكذلك لو شهدا أنه قال: هذا حر ألبتة، لا بل هذا مدبراً قبلت الشهادة في حق الأول والثاني لما قلنا.

ولو شهدا أنه قال: هو حر ألبتة، أو هذا مدبر فإنه لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنها قامت للمجهول في العتق والتدبير ودعوى العتق، والتدبير شرط عنده، وإنه لا يتصور من المجهول.

ولو شهدا أنه قال: هذا مدبر وهذا وهذا، فشهادتهما للأول جائزة عندهم؛ لأنها وقعت للمعلوم وشهادتها للآخرين باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنها وقعت للمجهول، فإن أقر المولى بذلك قيل له: بين التدبير في أي الآخرين ثبت؛ لأن جهالة الخصم لا تمنع صحة الإقرار؛ لأن الإقرار صحيح وغير دعوى.....[1]

ولو شهدا أنه قال: أحد هذين العبدين مدبر لا بل هذا لأحدهما بعينه؛ فإن شهادتهما للذي عيناه مقبولة بالإجماع، وشهادتهما للأولين لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله، ولكن يحلف للآخر بالله ما أراد غيره بالكلام الأول؛ فإذا حلف كان عبداً له على حاله، وإن إقرار المولى بمقالته تلك صار للذي عينه مدبراً من غير بيان بالكلام الآخر، ويتعين العبد الآخر للكلام الأول إن عنى بالكلام الآخر تدبيراً مستقبلاً له ولم يكن له، وإن عنى بالكلام الآخر بيان ما ثبت الكلام الأول فإن العبد الآخر لا يصير مدبراً، والله أعلم.

الفصل العاشر
في أمهات الأولاد

يجب أن يعلم بأن جواز بيع أم الولد كان مختلفاً في الصدر الأول، فعمر وعلي رضي الله عنهما كانا لا تجواز بيعها، ثم رجع علي رضي الله عنه عن قوله، وقال بجواز بيعها ثم أجمع [٣٣٥أ/ ١] المتأخرون على أنه لا يجوز بيعها، وترك قول علي رضي الله عنه آخراً، وقد صح عن رسول الله ﷺ أنه قضى بتعليق عتق أمهات الأولاد، وأن لا يبعن، والمعنى في ذلك: أنه ثبت لها بالاستيلاد حق أن تعتق بموت المولى، قال عليه السلام: «أيما أمة ولدت من سيدها، فهي معتقة عن دبر»[2] فقد أثبت لها رسول الله عليه السلام الاستيلاد وحقَّ أن تعتق بموت سيدها، وفي البيع إبطال هذا الحق عليها.

---

(١) بياض بالأصل.

(٢) أخرجه أحمد في المسند ١/ ٣١٧، والحاكم في المستدرك ٢/ ١٩.

أو تقول بالاستيلاد ثبت لها حق العتق في الحال، قال عليه السلام لمارية القبطية حين ولدت إبراهيم: «أعتقها ولدها»[(١)]، وهذا يوجب حقيقة العتق للحال، فإن لم يثبت حقيقة العتق في المال، لا أقل من أن يثبت حق العتق، وفي البيع إبطال هذا الحق عليها، ولو قضى قاضي بجواز بيعها لا ينفذ قضاؤه بل يتوقف على قضاء قاضي آخر إمضاءً وإبطالاً، وهذا لأن العلماء اختلفوا في جواز بيع أمهات الأولاد هل هو على الخلاف، بعضهم قالوا: ليس مختلفاً فيه، وهذا لأن الصحابة وإن اختلفوا فيه ولكن أجمع من بعدهم على أنه لا يجوز بيعهن، والإجماع المستأخر يرفع الخلاف المتقدم، فلم تبق المسألة مختلفاً فيها.

وبعضهم قالوا: بل هو مختلف فيه، وهذا القائل يقول: الإجماع المستأخر لا يرفع الخلاف المتقدم، فبقيت المسألة مختلفاً فيها، والعلماء إذا اختلفوا في جارية أنها على الخلاف أو على الوفاق يتوقف فيها القضاء على قضاء قاضي آخر إمضاءً وإبطالاً.

ثم اختلف مشايخنا بعد هذا الخلاف أن الإجماع المستأخر هل يرفع الخلاف المتقدم بزمن، قال بعضهم: بين علمائنا رحمهم الله خلاف على قول محمد رحمه الله يرفع الخلاف المتقدم، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يرفع، وإلى هذا مال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله، وبعضهم قالوا: لا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله بأن الإجماع المستأخر يرفع الخلاف المتقدم، وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وإنما ينفذ قضاء القاضي ببيع أمهات الأولاد بإمضاء قضاء قاضي آخر على قول هذا القائل على قول علماءنا رحمهم الله، لا لأن المسألة مختلفة بين علماءنا رحمهم الله، بل لأن بعض العلماء مخالف علمائنا رحمهم الله في انعقاد الإجماع من المتأخرين مع الاختلاف في الصدر الأول، فبعد الإمضاء لشبهة اختلاف غيرهم إياهم في انعقاد هذا الإجماع لا بمكان الاختلاف بين علمائنا رحمهم الله. وأم الولد لا يجوز بيعها وكذلك الجارية التي استولدها الرجل بملك اليمين، أو بملك النكاح أو بشبهة ثم يشتريها بعد ذلك أو يملكها بسبب آخر، وهذا مذهبنا، وقال الشافعي رحمه الله: إذا استولدها بحكم النكاح، ثم اشتراها لا تصير أم ولد.

وإذا استولدها بالزنا ثم تملكها فالقياس أن تصير أم ولد وهو قول زفر، وفي الاستحسان لا تصير أم ولد له، وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله.

كذلك لو قال: تزوجت بهذه الجارية وولدت مني ولا يعلم ذلك إلا بقوله، وأنكر ذلك المولى الذي هي له، فإذا ملكها الذي أقر بهذا فإنها تصير أم ولد عند علمائنا رحمهم الله.

وإذا أسقطت أمة الرجل سقطاً استبان خلقه أو بعض خلقه صارت أم ولد له، وإن

---

(١) أخرجه ابن ماجه حديث ٢٥١٦، والبيهقي في السنن الكبرى ٣٤٦/١٠، والحاكم في المستدرك ٢/ ١٩، والدارقطني في سننه ١٣١/٤.

لم يستبن شيء من خلقه لا تصير أم ولد، وهذا مذهبنا، وقال إبراهيم البلخي رحمه الله: تصير أم ولد في الفصلين جميعاً.

وفي «المنتقى»: قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا أقر الرجل أن جاريته هذه قد أسقطت منه، فهذا إقرار أنها أم ولده، قال: إنما يقع اسم السقط على ما تبين خلقه، أما إذا لم يتبين خلقه فلا يسمى سقطاً؛ لأنه لا يدرى ما هو.

وإذا كان جارية الرجل حاملاً فأقر أن حملها منه فإنها تكون أم ولد له. وكذلك إذا قال الرجل: إن كانت أمتي حبلى فهو مني، ثم ولدت ولداً أو أسقطت سقطاً استبان خلقه، أو بعض خلقه وأقر به فإنها تصير أم ولد له إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر، وإن أنكر المولى الولادة وشهدت عليه امرأة جاز ذلك ويثبت النسب وتصير الجارية أم ولده لا بشهادة القابلة، بل بإقرار المولى.

وفي «المنتقى» بشر عن ابن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله: رجل قال لأمته: قد حملت مني حملاً أو قد حبلت مني بحمل، فتصير أم ولد له ولا يصدق بعد ذلك أنه كان ريحاً وكذلك لو صدقته الأمة أنه كان ريحاً لم تبطل مقالته الأولى، وهي بمنزلة أم الولد، وهذا بمنزلة الرجل أعتق أمته ثم قال: لم أعتقها وصدقته الأمة لم يبطل عتقها.

وفيه أيضاً: رجل أقر أن ما في بطن جاريته منه، أو قال: الذي في بطنها مني ولم يتبين ذلك إلى حبل ولا إلى ولد، ثم قال بعد ذلك إنها كانت ريحاً وصدقته الجارية فهي أمة تباع، وإن كذبته في مقالته الأخيرة وادعت أن ذلك كان حبلاً، وأنها قد أسقطت سقطاً مستبين الخلق فالقول قولها وهي أم ولد له؛ لأن هذه المقالة على وجهين: أوجههما أنه على الحبل إذا ادعته، ألا ترى أنها لو جاءت بولد بعد مقالته بشهر وامرأة تشهد على ولادته ثبت نسبه لم يكن له أن يبيعه، ولو لم تكن المقالة الأولى إقراراً بالحبل كان له أن يبيعه.

رجل أقر أن أمته حبلى ثم جاءت بولد لأكثر من سنتين، وشهدت امرأة على الولادة، وقالت الأمة: هذا الولد من ذلك الحبل وجحد المولى أن يكون هذا من ذلك الحبل فالأمة أم ولد له، ولا يثبت نسب الولد منه وهو بمنزلة أمته، وإن أقر المولى أنه ذلك الحبل وأنه منه وقد جاءت به بعد ذلك بعشر سنين فهو ابنه، وقوله من ذلك الحبل باطل، ولو شهد عليه شاهدان في أمته، فشهد أحدهما أنه قال: قد ولدت مني، وشهد الآخر أنه قال: هي حبلى مني فهي أم ولد، فقد أجمعا عليه، وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقر أنها ولدت غلاماً وشهد الآخر أنه أقر أنها ولدت جارية.

وعتق أم الولد يعتبر من جميع المال، بخلاف عتق المدبر يعتبر من الثلث، وفي كل ذلك اتبعنا الأثر، والمعنى في ذلك أن التدبير إضافة العتق إلى ما بعد الموت بجزء إن جعلناه سبباً للحال لضرورة أنه لا يمكن اعتباره إعتاقاً بعد الموت، إلا أن المعتق تأخر إلى ما بعد الموت فكان المدبر مملوكاً للمولى من كل وجه وقت الموت، فيعتبر عتقه من الثلث بخلاف أم الولد؛ لأن الأصل في الاستيلاد أن يوجب العتق للحال لا نسيئة، وقد

صح بلا تعليق فيه فما ينبغي أن يكون حكمه معلقاً إلا في حق ما انعقد الإجماع عليه، والإجماع انعقد على تعلق الحرية في حق الاستمتاع والاستخدام دون غيره من الأحكام فلا يظهر كونها له وقت موت المولى، فيما عدا الاستمتاع والاستخدام، فلا يعتبر عتقها من الثلث، وإذا أقر في صحته أن أمته قد ولدت منه فإنها تصير أم ولد له فيكون عتقها من جميع المال، سواء كان معها ولد أو لم يكن وإن أقر ذلك في مرضه إن كان معها ولد فكذلك الجواب تصير الجارية أم ولد له، وتعتق من جميع المال، وإن لم يكن معها ولد لم يصح الإقرار بالاستيلاد، بل تعتبر وصية حتى تعتق من ثلث المال.

وإذا استولد الرجل مدبرته صح الاستيلاد وبطل التدبير. ومعنى قوله: بطل التدبير أنه لا يظهر حكم التدبير بعد ذلك؛ لأن حكم التدبير أن يعتق من الثلث، وهذا يعتق من جميع المال، فكان في الاستيلاد ما في التدبير وزيادة، فلا يظهر حكم التدبير، وإذا لم يظهر حكم التدبير فكأنه بطل وإذا زوج أمة ولده من رجل جاز. يجب أن يعلم بأن المولى من الاستمتاع والتصرف في أم الولد ما يكون له في المدبرة؛ لأن الثابت لها في الحال حق الحرية والثابت للمدبرة سبب الحرية، فأما الملك في الحال فغير زائل، والملك مطلق في التصرف وصيانة حقهم واجب، فكل تصرف يؤدي إلى إبطال حقهما كالبيع والهبة وما أشبه ذلك يمنع منه وما لا فلا، والتزويج لا يبطل هذا الحق، فلا يمنع عنه، وما ولدت من الأولاد من الزوج يكون بمنزلتها يعتق بموت السيد بمنزلتها. وإذا [٣٣٥ب/ ١] استولد الرجل جارية بالنكاح، ثم فارقها فزوجها المولى من غيره فولدت من زوجها الثاني، ثم اشترى الزوج الأول الجارية مع ولدها من الزوج الثاني تصير الجارية أم ولد له حتى لا يجوز بيعها.

وفي بيع ولدها خلاف، على قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله: يبيعها، وعلى قول زفر: لا يبيعها، ولو ملك ولدها منه يعتق بلا خلاف. والوجه لعلمائنا الثلاثة رحمهم الله في ذلك: أن الملك شرط ثبوت حق الحرية لها، والسبب لا يفيد الحكم قبل وجود الشرط، فلم يثبت لها حق الحرية قبل أن يملكها وكل ولد ينفصل قبل يوم الحرية للأم لا يثبت له حق الحرية؛ لأن ثبوته في الحكم للولد بحكم السراية عن الأم، فلا يتصور ثبوته في الولد قبل ثبوته في الأم، بخلاف ما لو ملكها فولدت ولداً؛ لأن هناك الحق ثابت في الأم حال ولادتها من غيره فيسري إلى الولد، أما ها هنا بخلافه.

نوع
آخر من هذا الفصل

أمة بين رجلين جاءت بولد، فادعاه أحدهما يثبت نسب الولد، وصارت الجارية كلها أم ولد له بلا خلاف، أما على قولهما: فلأن الاستيلاد عندهما لا يتجزأ، فإذا ثبت حكمه في نصيب المستولد يثبت في نصيب الآخر. وعند أبي حنيفة رحمه الله الاستيلاد متجزىء لأن حكمه ثبوت حق الحرية بالعتق للحال، وثبوت حقيقة العتق بعد الموت، فكان كالتدبير والتدبير عنده متجزىء، فكذا الاستيلاد فيصير نصيب المستولد أولاً أم ولد

له، ثم يملك نصيب صاحبه بالضمان بعد الاستيلاد، فيصير نصيب صاحبه أم ولد له بعدما يملك عليه نصيبه لا بنفس الاستيلاد على ما مر قبل هذا: أن من ملك جارية ولد منها ولد ثابت النسب صارت الجارية أم ولد له، فيصير نصيب الساكت أم ولد له بهذا الطريق، حتى قال أبو حنيفة رحمه الله في المدبرة بين رجلين استولدها أحدهما يبقى نصيب الساكت مدبراً كما كان، ونصيب المستولد يصير أم ولد حتى إذا مات المستولد يعتق نصيبه من جميع المال.

وإذا مات الساكت يعتق نصيبه من الثلث؛ لأن بعد ما صح الاستيلاد ولم يملك نصيب شريكه بالضمان، فبقي حكم الاستيلاد مقصوراً على نصيبه، إلا أنه فرّق بين الاستيلاد والتدبير والإعتاق بأن أحد الشريكين إذا أعتق الجارية أو دبر لا يملك نصيب الساكت إلا برضاه، فإن الساكت إذا لم يرض يتضمين المدبر، ولكن أراد أن يترك نصيبه في التدبير كذلك، أو يعتق فله ذلك، وإذا استولده أحد الشريكين الجارية يملك نصيب الساكت بعد ما صح الاستيلاد في نصيب المستولد رضي الساكت بذلك أو سخط.

وإذا كانت الجارية بين رجلين جاءت بولد فادعياه حتى يثبت النسب منهما وصارت الجارية أم ولد لهما تخدم كل واحد منهما يوماً كما كانت تفعل قبل، فإذا مات أحدهما عتقت، ولا ضمان للشريك في تركة الميت بالاتفاق، ولا سعاية عليها في نصيب الشريك عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما تسعى في نصيب الشريك.

ولو أعتقها أحدهما في حياته عتقت، ولا ضمان على المعتق للشريك ولا سعاية عليها في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: ضمن نصف قيمتها أم ولد للشريك إن كان موسراً، وإن كان معسراً يسعى في نصف قيمتها أم ولد للشريك، وهذه المسألة في الحاصل بناء على أن أم الولد مال متقوم عندهما، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله، وعن هذا قال أبو حنيفة رحمه الله: أم الولد لا تضمن بالغصب، وقالا: تضمن بالغصب؛ لأن ضمان الغصب يختص بمال متقوم بخلاف ضمان العقل، فإنه لا يختص بمال متقوم، ألا ترى أن. . . . .[1] من بالقتل.

وعن محمد رحمه الله في «الرقيات» أن أم الولد تضمن بالغصب على نحو ما يضمن به الصبي الحر حتى لو مات حتف أنفه لم يضمن الغاصب شيئاً، ولو مر بها إلى مسبعة فافترسها سبع، فإن هذا يضمن؛ لأن هذا يضمن جناية لا ضمان الغصب، ألا ترىٰ أن الصبي الحر يضمن بمثله.

ولا خلاف لأحد أن المدبر مال حتى يضمن بالغصب والإعتاق بلا خلاف، هما يقولان بأن التقوم حق الملك، والملك باقٍ بعد الاستيلاد، فتبقى حقيته وهو التقوم، ولأبي حنيفة رحمه الله أن المالية والتقوم يثبت بالإحراز، ألا ترى أن الصيد وسائر الأشياء المباحة لا تكون مالاً متقوماً قبل الإحراز، وبعد الإحراز تصير مالاً

(١) بياض بالأصل.

متقوماً. . . .[(١)]، باعتبار الأصل ليس بمال، ولكن يعطى له حكم المال، والتقوم إذا صار. . . . . .[(١)]، ولأصل المالية فإذا حصنها واستولدها فقد أظهر أن إحرازه لها لملك المنفعة، لا لأصل المالية، وملك المتعة ينفك عن ملك المالية، ألا ترى أن للزوج على المنكوحة ملك المتعة لا ملك المالية، فصار في حق المالية والتقوم كأنه لا إحراز بخلاف فصل المدبر؛ لأن إحرازها للمالية إذا لم يظهر منه ما يدل على إحرازها بملك المتعة أو لمعنى آخر؛ ولأن الباقي للمولى على أم ولده ملك الحرمة والمنفعة، وكل ذلك لا يضمن بالغصب والإتلاف، والباقي له على مدبرته ملك المالية، فإنه يقضي دينه من ماليتها بعد موت المولى، فإنها تسعى والمال يضمن بالإتلاف.

ثم في هذا المقام يحتاج إلى معرفة قيمة أم الولد وقد اختلفوا فيه، بعض مشايخنا قالوا: نصف قيمتها فيه، وقال بعضهم: ثلث قيمتها فيه؛ لأنه فات في حقها من المنافع الثلثان منفعة الاسترباح، ومنفعة قضاء الدين بعد الموت، فإنها لا تسعى، وبقي منفعة واحدة وهي منفعة الاستفراش، وقال بعضهم: ينظر. . . . .[(١)] مدة عمرها على نحو ما ذكرنا في المدبرة.

وإذا كانت الأمة بين رجلين فقال أحدهما: إن كان في بطنها غلام فهو مني، وإن كانت جارية فليست مني، وقال الآخر: إن كان في بطنها جارية فهو مني وإن كان غلاماً فليس مني، فهذا على وجهين:

الأول: أن يخرج الكلامان منهما معاً، وفي هذا الوجه ما ولدت من ولد في ذلك البطن فهو لهما جميعاً سواء ولدت جارية أو غلاماً؛ لأن كليهما ادعيا الحبل، وليس إليهما تعيين صفة الحبل، وهذا لأن الدعوة إخبار عن نسب ثابت وليس بإثبات نسب مبتدأ؛ لأنه إخبار أن العلوق حصل من . . . .[(١)] فإنما يصح بقدر ما بهما من العلم، ولهما علم بأصل الحبل. . . .[(١)] يدل عليه، أما لا علم لهما بصفة الحمل فيصح منهما الإخبار عن أصل الحمل، ولا يصح منهما تعيين صفته فكأنهما قالا: ما في بطن هذه الجارية مني ولو قالا هكذا وخرج الكلامات معاً ثبت نسب الولد منهما وصارت الجارية أم ولد لهما كذا ها هنا، بخلاف قوله: إن كان في بطنها غلام فهو حر وولدت جارية حيث لا يعتق؛ لأن قوله فهو حر إيقاع عتق مبتدأ، فإنما يقع حسب ما أوقعه أو إنما أوقعه هو على الغلام دون الجارية، هذا إذا خرج الكلامان منهما معاً.

وإن سبق أحدهما بمقالته ثم ولدت ولداً غلاماً أو جارية لأقل من ستة أشهر من وقت المقالتين جميعاً، فهو ولد الذي سبق بهذه المقالة غلاماً كان أو جارية؛ لأن. . . .[(١)] كل واحد منهما صادفت حملاً موجوداً وإحداهما سابقة فتكون هي أولى كما بعد الانفصال.

وإن مات الولد لستة أشهر من وقت المقالة الأولى، ولأقل من ستة أشهر من وقت

(١) بياض بالأصل.

المقالة الثانية فهو ولد الثاني، وإن جاءت به لستة أشهر من وقت المقالتين لم يثبت نسبه من واحد منهما إلا أن يجدد الدعوى؛ لأن دعوة كل واحد منهما معلقه بالخطر، فإنها معلقة بحبل حادث، وتعليق الدعوة بالخطر باطلة.

وإذا كاتب الرجل أم ولده فجاءت بولد في مكاتبتها ثم مات المولى قبل أن يقر به، ينظر إن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر [٣٣٦أ/ ١] منذ كاتبها ثبت نسبه من المولى، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً منذ كاتبها لا يثبت نسبه من المولى؛ لأن فراش المولى زال عنها بالكتابة لا إلى عدّة فإنه لم يجب عليها عدة بالكتابة، والفراش متى زال لا إلى عدة ثم جاءت بالولد إن جاءت لأقل من ستة أشهر منذ زال الفراش يثبت النسب من صاحب الفراش من غير دعوى، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً لا يثبت النسب من صاحب الفراش إلا بالدعوى، كما لو طلق امرأته قبل الدخول بها، والله أعلم.

الفصل الحادي عشر
في المتفرقات

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا قال الرجل لأمته: أمرك بيدك ينوي به العتق يصير العتق في يدها، حتى لو أعتقت نفسها في المجلس عتقت، ولو قال لها: اختاري ينوي العتق لا يصير العتق في يدها فقد فرق بين الأمر باليد، وبين قوله اختاري في باب العتق وسوى بينهما في الطلاق.

وفي «الأصل» أيضاً: إذا ادعى العبد أو الأمة العتق على مولاه، وليس لها بينة حاضرة فإنه يدفعه إلى مولاه، ولا يحال بينه وبين المولى حتى لا تزال يد المولى عنه لمجرد الدعوى، وإن أقام شاهداً واحداً، فإنه ينظر إن كان الشاهد، فالدعوى...[1] وإن أقام فاسقاً لا يحال بينهما العبد والأمة في ذلك على السواء وإن كان غلاماً، فكذلك لا يحال بينهما، هكذا ذكر محمّد رحمه الله في «الكتاب».

قالوا: وهذا الجواب مستقيم في العبد غير مستقيم في الأمة، فقد ذكر محمّد رحمه الله أن المرأة إذا ادعت طلاقاً على زوجها..[1]، لأن....[1] في الطلاق حق الله تعالى وهذا المعنى موجود في الأمة فيجب الحيلولة اعتباراً بحق الله تعالى، ولا يجب القضاء لأن فيه حق العبد كما في الطلاق، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وهذا إذا دعت أن شاهدها الآخر الحاضر بخلاف العبد؛ لأن....[1] في عتق العبد حق العباد ولا يجب الحيلولة كما لا يجب القضاء.

وإن أقام شاهدين، فإن كانا مستورين فهو على وجهين إن كان المولى فاسقاً مخوفاً عليه يحال بينهما في العبد والأمة جميعاً، فإن لم يكن المولى فاسقاً مخوفاً عليه ففي

(١) بياض بالأصل.

الأمة يحال، وفي العبد لا يحال. وإن كان الشاهدان فاسقين، مع الأمة يحال على كل حال، وأما في العبد اختلاف الروايتين، ذكر في رواية أنه لا يحال، وذكر في رواية أخرى أنه يحال إذا كان المولى مخوفاً على العبد. وفي «البقالي» إذا قال لعبده أنت حق إليه ومات قبل قبوله الهبة مات عبداً لأنه حقه.

وفي «الأصل»: إذا قال إن اشتريت عبداً أو قال: كل مملوك أملكه فهو حر فاشترى عبداً مع آخر، فإنه لا يعتق فإن اشترى نصيب صاحبه بعد ذلك عتق عليه، فإن اشترى نصف عبد وباعه ثم اشترى النصف الأخير هل يعتق النصف الآخر؟ ففيما إذا عقد يمينه بلفظة الملك بأن قال إن ملكت إن عنى العبد بأن قال: ملكت هذا العبد يعتق النصف الآخر، فإن لم يعتق بأن قال: إن ملكت عبداً إن ملكت مملوكاً القياس أن يعتق النصف بالآخر. وفي الاستحسان لا يعتق. وفيما إذا عقد يمينه بلفظة الشراء يعتق النصف الآخر سواء عين المملوك بأن قال: إن اشتريت هذا العبد إن اشتريت هذا المملوك، أو لم يعين بأن قال إن اشتريت عبداً إن اشتريت مملوكاً.

وجه القياس في فصل الملك: أن الحالف جعل شرط الحنث مطلق ملك العبد لا ملكاً مقيداً بصفة الاجتماع، وقد ملك العبد وإن ملكه متفرقاً، لكن تعذر إنزال العتق في النصف الذي زال ملكه، فيجب إنزاله في النصف الذي هو على ملكه.

وجه الاستحسان: وهو الفرق بين الشراء والملك وبين المعين وغير المعين في الملك في العرف، ووجه ذلك أن قبل الاجتماع في فصل الملك إذا لم يكن المملوك معيناً ثابتاً، فالفرق أن الرجل يستجيز من نفسه أن يقول: ما ملكت مملوكاً ما ملكت عبداً، إذا لم يجتمع في ملكه مملوكاً، وإن ملك مملوكاً على التفاريق، وكذلك يستجيز من نفسه أن يقول: ما ملكت ألف درهم إذا لم يجتمع في ملكه ألف درهم، وإن ملك ألوفاً على التفاريق، ومثل هذا الفرق لم يوجد في المعين بل العرف في المعين بخلافه، فإن الإنسان لا يستجيز من نفسه أن يقول: ما ملكت هذا العبد إذا ملكه على التفاريق، وكذلك في فصل الشراء العرف بخلافه، فإن الإنسان لا يستجيز من نفسه أن يقول: فما اشتريت عبداً، ما اشتريت هذا العبد، إذا كان اشترى على سبيل التفاريق، وإذا انعدم العرف المقيد بقيد الاجتماع في فصل الملك عند التعيين وفي فصل الشراء على الإطلاق يحمل فيها بقضية القياس.

وفي «الأصل» أيضاً: إذا قال إن اشتريت فلاناً فهو حر، فاشتراه شراءً فاسداً لم يعتق إذا كان العبد في يد البائع وقت الشراء، وهذا لأن الشراء الفاسد منعقد عندنا قبل القبض إلا أنه لا يفيد الملك قبل القبض فينحل اليمين بنفس الشراء وفي تلك الحالة لا يحنث، فلهذا لا يعتق.

ولو كان في يد المشترى وقت الشراء، فإن كان مضموناً عليه بضمان القيمة كالمغصوب ونحوه يعتق، ويصير قابضاً له بنفس الشراء، فإن مثل هذا القبض ينوب عن قبض الشراء فيصير مملوكاً له بنفس الشراء فيعتق، فأما إذا لم يكن مضموناً عليه أصلاً

كالوديعة والعارية أو كان مضموناً عليه إلا أنه لم يكن مضموناً عليه بالقيمة، كالرهن لا يعتق؛ لأن مثل هذا القبض لا ينوب عن قبض الشراء فتنحل اليمين بالشراء ولا ملك في تلك الحال فلا يعتق.

وعن محمّد رحمه الله: إذا قال لعبده نسيت عتقك أو رضيت جاز قال ابن رستم يعتق، وروى بشر عن أبي يوسف قوله نسيب عتقك وشرط النية فيه لوقوع العتق.

وفي «البقالي» إذا قال لعبده أنت حر أمس وإنما يملكه اليوم فهو حر قضاء أو ديانة، إلا أن ينوي عتقاً من جهته فيدين، وكذلك قبل أن أشتريك بخلاف قوله أعتقتك قبل اشتريتك.

وفي طلاق «المنتقىٰ» عن أبي يوسف: إذا قال لعبده أنت حر أمس، وقد اشتراه اليوم إنه يعتق، قال: ولا يشبه هذا الطلاق قال فصار تقدير مسألة العتاق، كأنه قال: أنت حر الأصل.

وإذا قال: كل مملوك لي حر وله عبيد وأمهات أولاد، ومدبرون ومكاتبون عتقوا جميعاً من غير نية إلا المكاتبين فإنهم لا يعتقون إلا بالنية، أما لا يعتق المكاتبون من غير نية إما لأن في ملكهم قصوراً، فإنهم أحرار يداً أو لأن في نسبهم إلى المولى قصور.

ولو قال: كل مملوك لي حر فنوى الرجال دون النساء، أو نوى النساء دون الرجال صدق ديانة لا قضاء؛ لأنه أراد الخصوص من العموم، ومن نوى الخصوص من العموم لا يصدق قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبين الله، لأنه نوى ما يحتمله لفظه، فالعام يحتمل الخصوص.

ولو قال: مماليكي كلهم أحرار فنوى الرجال دون النساء أو النساء دون الرجال لم يذكر هذا الفصل في «الكتاب»، قالوا: ينبغي أن لا يصدق ديانة ها هنا، فإن نوى الخصوص من العموم، والأصل في هذا: أن كلمة كل إذا ذكر بعد اسم العام بنعت الخصوص كما في قوله تعالىٰ: ﴿فَسَجَدَ ٱلْمَلَٰٓئِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ ۝٣٠ إِلَّآ إِبْلِيسَ﴾ [الحجر: ٣٠، ٣١] وإذا ذكر قبل الاسم العام لا يمنع الخصوص، كما في قوله جلت قدرته ﴿تُدَمِّرُ كُلَّ شَيْءٍۭ بِأَمْرِ رَبِّهَا﴾ [الأحقاف: ٢٥]، وكان قابلاً للتخصيص؛ لأنه لم يذكر كثيراً من الأشياء، فإنه لم يبدأ من السموات والأرض، والمعنى في ذلك أن بعد الاسم العام كلمة كل لا تذكر للتعميم، فإن التعميم ثابت بالاسم، وإنما يذكر للتأكيد ويمنع الخصوص، فأما قبل الاسم العام لا يذكر للتأكيد، لأن التأكيد صفة للاسم، ولا يتصور قبل ذكر الموصوف، فيكون اسماً عاماً كغيرها من الأسماء، فيكون قابلاً للتخصيص.

إذا ثبت هذا فنقول: في قوله مماليكي أحرار كلمة كل ذكرت بعد الاسم العام فمنعت الخصوص، فيكون ناوياً الخصوص في لفظ لا يحتمل الخصوص فلا يصدق ديانة كما لا يصدق قضاءً، بخلاف قوله كل مملوك لي حر؛ لأن هناك كلمة كل ذكرت قبل الاسم العام، فلا يمنع الخصوص فقد نوى الخصوص في لفظ يحتمله فيصدق ديانة.

ثم إن محمّداً رحمه الله يقول في هذه المسألة في عتاق «الأصل»: إذا نوى الرجال

دون النساء أو نوى النساء دون الرجال صدق ديانة لا قضاء، وفي أيمان «الأصل» [٣٣٦ب/ ١] قال: إذا نوى الرجال دون النساء وأجاب بما أجاب في العتاق ولم يذكر ما إذا نوى النساء دون الرجال.

حكي عن الفقيه أبي بكر البلخي رحمه الله أنه كان يجعل في المسألة روايتان، وكان يقول: إذا نوى النساء دون الرجال لا يصدق ديانة على رواية الأيمان وعلى رواية العتاق يصدق، وإذا نوى الرجال دون النساء يصدق ديانة على الروايات كلها.

وجه ما ذكر في العتاق ظاهر: أنه نوى الخصوص من العموم فيصدق ديانة كما نوى الرجال دون النساء، وجه ما ذكر في الأيمان أن كلمة كل دخلت على المملوك، والمملوك اسم للذكر يقال للأنثى مملوكة إلا أن الأنثى تدخل في هذا الاسم تبعاً؛ إلا أنا لو صححنا نية النساء فقد جعلنا ما هو الثابت باللفظ تبعاً أصلاً، والتبع في الشيء لا يصير أصلاً في ذلك الشيء وبه فارق ما إذا قال: نويت الرجال دون النساء، والصحيح أن لا يجعل في المسألة روايتان، لكن أشبع محمّد رحمه الله الجواب في العتاق وأوجز في الإيمان، ووجه ذلك: ما ذكرنا أنه نوى الخصوص من العموم وما قال من المعنى فاسد؛ لأن المملوك مشتق من ملك يملك لا من الذكورة والأنوثة.

ألا ترى أن هذا الاسم يقع على الدار والخشب والثوب لوجود الملك، وإن كان لا يوجد الذكورة والأنوثة قلنا والملك لا يختلف بالذكورة والأنوثة، فكان كاسم الآدمي يقع على الذكر والأنثى، لأنه اسم مشتق من كونه ولد آدم والذكر والأنثى في هذا سواء، وعلى هذا لا يتأتى ما ذكر معنى الاستحالة، وإن قال أعني المدبرين ذكر في عتاق «الأصل» أنه لا يصدق قضاءً ولم يتعرض للديانة وذكر في أيمان «الأصل» الأصل أنه لا يصدق قضاءً وديانة، فمن مشايخنا من لم يجعل في المسألة روايتين، وإليه مال شيخ الإسلام رحمه الله ومنهم من جعل في المسألة روايتين وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، والأول أظهر ووجه ذلك: أنه نوى تخصيص ما ليس في لفظه؛ لأنه نوى تخصيص الوصف، فإن التدبير في المماليك حقه وبهذا يقال: مملوك مدبر ومملوك غير مدبر، وصفة المملوك غير ملفوظ بها وإنما يثبت اقتضاء، ضرورة أن المسمى لا ينفك عن الصفة فتكون نية التخصيص فيما ثبت اقتضاء، والمقتضى غير ملفوظ فهو معنى قولنا: إنه نوى تخصيص ما ليس في لفظه ونية التخصيص فيما ليس بملفوظ، فهو معنى غير صحيحة قضاءً وديانةً كان القياس أن لا يصح تخصيص الأنوثة والذكورة من هذا اللفظ؛ لأن الذكورة والأنوثة حق المماليك لا ذكر لها لفظاً وإنما يثبت اقتضاءً إلا أنا تركنا القياس ثمة لضرورة، وبيان الضرورة: أن العام قابل للخصوص. . . .[1] النية، ولا يمكن التخصيص إلا باعتبار الوصف فإن المخصوص لا يمتاز عن الاسم العام إلا باعتبار الوصف، فلو لم تصح نية التخصيص في الوصف أصلاً ما أمكن تخصيص عام أبداً وهو

(١) بياض بالأصل.

وضع قابل للتخصيص، فيعود إلى موضعه عنها بالنقض، وإنه لا يجوز، وهذه الضرورة تندفع متى صححنا نية التخصيص باعتبار الأوصاف الأصلية التي لا يخلو المسمى عنهافي أصل الخلقة، فبقي التخصيص باعتبار الأوصاف العارضية على أصل القياس.

إذا ثبت هذا فنقول الذكورة والأنوثة من الصفات الأصلية وأما التدبير من الصفات العارضية وعلى قول ما ذكر ما يجب أن يصح فيه التخصيص في السواد والبياض لأن السواد والبياض من الأوصاف الأصلية التي لا يخلو المسمىٰ عنها في أصل الخلقة وعلى قياس ما روي عن محمد رحمه الله في غير رواية الأصول أنه لا يصح نية التخصيص في السواد والبياض يجب أن لا تصح نية التخصيص في الذكورة والأنوثة فيصير في تصحيح نية التخصيص باعتبار الوصف الأصلي روايتان.

وإذا قال الرجل لعبيده: أنتم أحرار إلا فلان كان فلان عبداً وعتق من سواه؛ لأن الكلام المقيد بالاستثناء تكلم بما وراء الثنيا، وكذلك لو قال لعبدين له: أنتما حران إلا سالماً، واسم أحدهما سالم صح الاستثناء حتى كان سالم عبداً لما قلنا، ثم الأصل أن استثناء البعض من الكل صحيح واستثناء الكل من الكل باطل، وهذا لما ذكرنا: أن الكلام المقيد بالاستثناء تكلم بما وراء المستثنى لا بد وأن يبقى بعد الاستثناء شيء ليتحقق التكلم بما وراءه.

إذا ثبت هذا فنقول: خرجت المسألتان؛ لأنه استثناء البعض عن الجملة فيها وقال: سالم حر ومرزوق حر إلا سالماً عتقاد بطل الاستثناء؛ لأنه تكلم بكلامين كل واحد منها تام، ومستقل بنفسه حيث ذكر بكل كلام خبراً فلا يصير أحدهما مضموماً إلى الآخر بل يبقى كل واحد منفرداً، كأنه ليس معه غيره وكان قوله إلا سالماً متأولاً يجتمع ما تناوله أحد كلاميه، وكان باطلاً كأنه قال سالم حر إلا سالماً وهذا بخلاف قوله سالم ومرزوق حران إلا سالماً؛ لأن هناك الكلام الأول ناقص لأنه لم يذكر له خبراً فيصير مضموماً إلى الثاني ويصير الكل كلاماً واحداً، وكان قوله: إلا سالماً استثناء البعض من الجملة فصح.

وإذا دعى الرجل عبداً له يقال له سالم فأجابه عبد آخر له يقال له مرزوق فقال: أنت حر عتق مرزوق؛ لأنه أتبع الإيقاع الجواب فينصرف إلى المجيب فإن قال: عنيت سالماً عتق سالم بنيته؛ لأن المنوي من محتملات كلامه ولكنه لا يصدق في حرف العتاق وغير مرزوق قضاءً، ولو أشار إلى عبد له سالم فقال: يا سالم أنت حر فإذا هو مرزوق عبده إلا أنه لم يجبه مرزوق عتق سالم؛ لأنه أتبع الإيقاع النداء فيقع على المنادى ولو أشار إلى شخص ظن أنه سالم لما قلنا.

ولو أن رجلاً أعتق عبداً له أو جارية له ثم جحد العتق وأخذ من العبد غلته، أو استخدمه ووطىء الأمة ثم أقر بذلك العتق أو قامت عليه البينة، فإنه يرد على العبد ما أخذ من الغلة وضمن للجارية مهر مثلها ولا يضمن للعبد بسبب الخدمة شيئاً.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «شرحه»: ما ذكر من الجواب في الغلة، فذلك مستقيم فيما إذا كان العبد هو الذي أجر نفسه أو اكتسب [لأنه متى أنه كان حراً ما

لكسبها](١) إما إذا كان المولى هو الذي أجره فما أخذ المولى من الأجرة يكون مملوكاً له؛ لأنه وجب بعقده ولا يلزمه الرد على العبد ولكن لا يطيب للمولى ذلك؛ لأنه حصل له بسسب كسب خبيث.

وإذا قال: أحد عبيدي حر وليس له إلا عبد واحد عتق ذلك العبد، وإذا قال الصبي: كل مملوك أملكه إذا احتمل، فهو حر لا يصح هذا اليمين أصلاً. فرق بين هذا وبين العبد إذا قال: كل مملوك أملكه إذا أعتقت فهو حر، فإنه يصح هذا اليمين إذا كان العبد بالغاً، ولا فرق بينهما من حيث الظاهر لأن كل واحد منهما لا يملك الإعتاق للحال ثم لم يصح اليمين بالعتق من الصبي، وصح من العبد.

والفرق: أن الإعتاق من العبد إذا كان بالغاً إنما لم يصح لعدم ملكه لا لفساد عبارته، فإذا أضافه إلى ما بعد العتق، فقد أضافه إلى الملك أما الإعتاق من الصبي إنما لا يصح لفساد عبارته فيما يتضرر به لا لعدم الملك وفيما يرجع إلى فساد العبارة العتق المنجز، والعتق المضاف على السواء.

وذكر في «عيون المسائل» إذا قال الرجل لعبيده: أنتم أحرار إلا فلاناً، وفلاناً وفلاناً سماهم جملة عبيده في الاستثناء، هل يعتقون؟ لم يذكر هذا الفصل في «العيون»، فعلى قياس ما ذكرنا في «الزيادات» إذا قال: كل جارية لي حرة إلا جارية هي ثيب ثم قال: هذه ثيب، وهذه ثيب لا يعتقن وإن قلن أبكار عتقن لا بقولهن ولكن بإيجاب العتق على طريق العموم عند عدم ثبوت الوصف المستثنى، وهو الثيابة فقد صح محمّد رحمه الله الاستثناء في هذه المسألة، وإن كان مستغرقاً للكل إنما فعل هكذا؛ لأن الاستثناء تصرف في اللفظ [٣٣٧أ/ ١] والصفة لا في الحكم وباعتبار النظر إلى الصيغة، هذا استثناء البعض من الكل فإن قوله: كل جارية لي كما يتناول الصيغة المستثاة من يتناول غيرهن أو كن في ملكه، فكان هذا استثناء البعض من الكل باعتبار النظر إلى الصيغة فصح.

ألا ترى أنه لو قال: نسائي طالق إلا نسائي لا يصح الاستثناء. وإذا قال نسائي طوالق إلا فلانة وفلانة وفلانة وليس له من النسوة سواهن، فإنه يصح الاستثناء وإن كان هذا استثناء الكل من الكل من حيث الكلم؛ لأن هذا استثناء البعض من الكل من حيث الصيغة. وكذلك إذا قال في وصيته: ثلث مالي لفلان إلا ثلث مالي لا يصح الاستثناء، ولو قال: ثلث مالي لفلان إلا ألف درهم وثلث ماله ألف درهم لا غير صح الاستثناء، وطريقه ما قلنا.

وإذا قال الرجل في وصيته: أعتقوا عبدي الذي هو قديم الصحبة فقديم الصحبة تكلموا فيه، روي عن محمّد رحمه الله أنه قال من صحبته ثلاث سنين، واختار الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله أن يكون صحبته سنة وهو قول بعض العلماء، وبه كان يفتي محمّد بن مقاتل.

---

(١) ما بين معكوفين: كذا بالأصل، وفي العبارة تخليط واضح.

مريض قال لورثته إن بيد كان مرابنده مما بنت فهذا وصية بالعتق معنى، فينبغي أن يعتقوهم. مريض قال لورثته: أعتقوا فلاناً بعد موتي إن شاء الله صح الإيصاء، وبطل الاستثناء ولو قال: هو حر بعد موتي إن شاء الله بطل الإيجاب، وهذا استحسان وبه أخذ محمّد رحمه الله والحاصل: أن الاستثناء في الأمور باطل إن من قال لغيره بع عبدي إن شاء الله كان الاستثناء باطلاً، وكان للمأمور أن يبيعه والاستثناء في الإيجاب صحيح، والفرق: أن الإيجاب يقع ملازماً من حيث لا يقدر على المطالبة بعد ذلك، فيحتاج إلى الاستثناء فيه حتى لا يلزمه حكم الإيجاب والأمر لا يقع؛ لأن ما فاته يقدر على إبطاله بعزل المأمور فلا يحتاج إلى الاستثناء فيه، وفي «القدوري»: وأما كلمه إن شاء الله إذا دخلت فالكلام رفع حكمه أي تصرف كان.

إذا قال لمولاه: أعتقني حتى أعطيك ما تريد، فأعتقه وجب على العبد قيمته لأن هذا سؤال العتق على بدل مجهول، وفي مثل هذا تجب قيمته العبد لأن المولى. . . . . .[1] فتعذر إيجاب البدل، فيجب رد العبد على العبد وتعذر رده صورة فيجب رده معنى بإيجاب قيمة العبد عليه.

رجل قال لغيره: جاريتي هذه لك على أن تعتق عني عبدك فلاناً فرضي بذلك ودفع الجارية إليه لا تكون الجارية له حتى يعتق العبد، كذا روى خلف بن أيوب عن محمّد رحمه الله؛ لأنه طلب منه تمليك العبد مقتضى طلب الإعتاق مقابلاً بتمليك الجارية فما لم يوجد إعتاق العبد لا يوجد تمليك العبد فلا يتملك الجارية، وفيه نظر، وينبغي أن يكتفي بمجرد القبول كما في قوله لامرأته: أنتِ طالق على أن تعطيني ألف درهم وأجابته.

رجل اشترى من آخر عبداً شراءً فاسداً ثم إن المشتري أمر البائع بالعتق قبل القبض فأعتقه جاز، ولو أعتقه المشتري بنفسه لا يجوز لأنه لما أمر البائع بالعتق فقد طلب منه أن يسلطه على القبض فإذا أعتقه فقد سلطه على القبض فقبضناه سابقاً عليه وصار المشتري قابضاً أيضاً فقبضناه سابقاً عليه.

رجل قال في وصيته أعتقوا خير عبيدي أو قال: أفضل عبيدي أو قال: بيعوا أفضل عبيدي وتصدقوا بثمنه على المساكين أو خير فهذا على أفضلهم في القيمة، ولو قال: أوصيت لأفضل عبيدي فهو لأفضلهم في الدين.

في «مجموع النوازل» عن محمّد رحمه الله: في رجل قال مماليكي الخبازون أحرار وله خبازون وخبازات عتقوا. وفي «مجموع النوازل» إذا قال لعبده أنت حر الساعة بعد موتي، يعتق بعد الموت. ولو قال لعبده في صحته: أنت حر من ثلث مالي من جميع المال.

وفيه أيضاً: إذا قال لغيره أعتق مدبرك هذا عني على أن لك عليّ ألف درهم أو على أني ضامن لك ألف درهم، فأعتقه لا شيء عليه قال خلف بن أيوب: سألت محمّداً رحمه الله عن رجل قال لعبديه: أحدكما حر بعد موتي وله وصية مائة درهم ثم مات قال يعتقان جميعاً، والمائة بينهما نصفين لأن بالموت شاع العتق فيهما وتشيع الوصية أيضاً،

(١) بياض بالأصل.

قلت: فإن قال، ولكل واحد منهما مائة درهم قال تبطل مائة واحدة لأنها وقعت لعبد.

وسئل أبو بكر عمن قال لعبده بانتم أراد أو قال بانتم أزاد قال: يعتق كأنه قال له نصفك حر. العبد المأذون إذا اشترى جارية وأخبر المولى بذلك فقال له المولى اصنع ما شئت، فأعتقها العبد لا يجوز عتقه لأنه لا يراد بمثل هذا الكلام الإعتاق ولا يجوز عتقه ما لم يأمره بالإعتاق نصاً.

قال في أيمان «الجامع» إذا قال الرجل لامرأة حرة إذا ملكتك فأنت حرة أو قال: إذا اشتريتك فأنت حرة، ثم إنها ارتدت ولحقت بدار الحرب وسبيت فملكها الحالف عتقت عندهما، وعلى قياس قول أبي حنيفة لا تعتق فهما يجعلان الردة والحالف، والسبي مذكور في هذه المسألة تصحيحاً لإيجاب الحرية، وأبو حنيفة رحمه الله يقول غير المذكور إنما يجعل مذكوراً تصحيحاً للمذكور إذا لم يكن للمذكور صحة بدونه بحال، وللمذكور صحة بدون هذه الأشياء في الجملة بالصرف إلى ما يليق بظاهر حالها، وهو ملك النكاح والحرية عنه بالطلاق فلا ضرورة إلى جعل غير المذكور مذكوراً يوضحه: أنه أضاف الملك إلى الحرة، وأضاف الشراء إلى الحرة وملك الحرة ملك نكاح، وشراء الحرة نكاح، ولهذا لو اشترى الحرة منها كان نكاحاً فالنكاح ينعقد بلفظ الشراء والبيع على عرف، فما يصرف يمينه إليه فلا يدخل تحته الملك الحقيقي. ألا ترى أنه لو قال لمنكوحته نكاحاً فاسداً: إن طلقتك فعبدي حر ينصرف يمينه إلى طلاق مثلها، كذا ها هنا.

ولو قال لها: إذا ارتددت ولحقت بدار الحرب وسبيت، فملكتك فأنت حرة كان كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله أيضاً إلا أنه لما خرج بهذه الوسائط علم أنه لما أراد به ما يليق بظاهر حالها، وإنما أراد به الملك الحقيقي فانصرف يمينه إليه ثم هذه المسألة دليل على أن المعنى اليمين بالعتق ينعقد على الحرة، فأولى أن يبقى على الحرة فلا يبطل قول من قال ببطلان اليمين بالعتق لبطلان المحلية بثبوت الحرية إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه، ثم أعتق أحدهما بعينه إن لم يكن له نية أو نوى عتقاً مستقبلاً، فإن الآخر يتعين بالكلام الأول وإن نوى بالكلام الثاني بيان ما ثبت بالإيجاب الأول، وحلف على ذلك لا يعتق الآخر، وصدق فيما ادعاه ذكره شيخ الإسلام في آخر باب المدبر. إذا قال لعبده يوم أملكك فأنت حر بعد موتي وهو يعني النهار دون الليل ثم ملكه ليلاً لم يبق مدبراً.

والجواب في التدبير نظير الجواب في العتق. إذا قال لعبده: يوم أملكك ملكاً غير هذا. .[1] أو يوم أشتريتك بعد هذا الملك فأنت حر بعد موتي، ثم ملكه بسبب آخر وبعد هذا الملك صار مدبراً وإذا قال لأمتين لغيره إذا ملكتكما، فأنتما حران بعد موتي فملك إحداهما دون الأخرى لا تصير مدبرة ما لم يملكهما جميعاً.

وسئل الفقيه أبو بكر رحمه الله عن أمة قالت لمولاها أعتقني وقال لها بالفارسية ابدون كنيزكه أنا ذكر دم لا قال: لا يعتق، قال: وكذلك لو باع من امرأته تطليقة واحدة فقالت حر هذه كنز لا كون منها إجابة. وكذلك لو باع عبداً. وسئل أبو القاسم عمن قال

(١) بياض بالأصل.

لله عليّ أن أعتق عبداً، فأعتق عبداً آبقاً قال لا يجوز كما لا يجوز في الأعمى قال الفقيه: في قياس قول علمائنا رحمهم الله يجوز، ذكره في كتاب جعل الآبق إذا أعتق عبداً آبقاً عن كفارته لا يجوز إن كان حياً وقت الإعتاق.

وسئل إبراهيم بن يوسف عن عبد أجبر مولاه في موضع خال، وقال: إن أنت أعتقني وإلا قتلتك فأعتقه مخافة القتل قال يعتق، ويسعى في قيمته. إذا قال الرجل لغيره: أعتق عبدك هذا بألف درهم، فأعتقه لا يجب على الآمر شيء؛ لأن هذا كلام محتمل يحتمل عن نفسك [٣٣٧ب/ ١]. ويحتمل عني فلا يقع عن الأمر بالشك، وإذا لم يقع العتق عن الآمر لا يجب عليه المال.

ولو قال: أعتق عبدك عني بألف درهم فأعتق، فإنه يعتق عن الآمر ويلزمه المال عن الآمراستحساناً. ولو قال: كاتب عبدك عني بألف درهم، فكاتب لا تقع الكتابة عن الآمر، والوجه في ذلك أن العتق والكتابة يعتمدان الملك، وفي فصل العتق أمكن إثبات الملك مقتضياً الإعتاق تبعاً له لأن العتق أقوى من الملك، ألا ترى أن الملك من ثبوته يحتمل البعض والرفع، والعتق لا يحتمل ذلك، فأما الملك والكتابة مستويان من حيث إن كل واحد يقبل القبض، وللملك زيادة قوة من حيث إنه يملك بحقيقة الملك من التبرعات ما لا يملك بالكتابة، فكان الملك أقوى فلا يمكن إثباته تبعاً للكتابة.

ولو قال: أعتق عبدك على ألف علي فأعتق، يلزمه المال ويقع الملك العتق عنه، ويدرج قوله عني لأن قوله على ألف درهم علي يدل عليه، فإن المال لا يلزمه لو لم يقع العتق عنه.

ولو قال: أعتق عبدك عن نفسك بألف علي فأعتق لا يلزمه المال؛ لأن العتقد ههنا لا يقع عن الأمر وبدونه لا يلزمه المال، والطلاق في هذا يخالف العتاق، فإن من قال لغيره: طلق امرأتك بألف عليّ فإنه يصح، وقوله طلق امرأتك بألف علي بمنزلة قوله: طلق عن نفسك، لأنه لا يتصور أن يكون الطلاق واقعاً عن الأمر، فإن من قال لغيره: طلق امرأتك عني فطلق، يقع الطلاق عن المأمور دون الآمر، ثم قال في الطلاق يلزمه المال، وفي العتاق قال: لا يلزمه المال.

وكذلك إذا قال أعتق عبدك على ألف درهم أضمنها لك ففعل، لم يكن العتق عن الآمر. إذا قال الرجل لغيره: أعتق عبدك عن ولدي الصغير بألف درهم فأعتقه المأمور، فإن العتق يقع عن المأمور وتكون الولاية له لأن الآمر بالإعتاق عن الصغير من الأب لا يصح، فالتحق هذا الأمر بالعدم فصار صاحب العبد معتقاً عبده عن الصغير بغير أمر أحد فيقع عنه.

ولو كان للصبي عبد فقال رجل لأبيه: أعتق عبد ابنك هذا عني على ألف درهم فأعتقه الأب يقع العتق عن الآمر وعليه ألف درهم للصبي يقبضها الأب منه لأنه طلب من الأب يقع هذا العبد منه بألف درهم، والإعتاق عنه والأب يملك ذلك فإنه يملك بيع عبد ابنه الصغير من الأجنبي ويملك إعتاقه عن الأجنبي فيصح الأمر به، ويقع العتق عن الآمر وفي طلاق «المنتقى» عن أبي يوسف رحمه الله إذا قال لعبده: أنت حر أمس، وقد اشتراه اليوم إنه يعتق. قال: ولا يشبه هذا الطلاق، قال: وصار تقدير مسألة العتاق كأنه قال: أنت حر الأصل، والله أعلم بالصواب وتم كتاب العتاق بعون الله وحسن توفيقه.

كتاب المكاتب

هذا الكتاب يشتمل على ثمانية عشر فصلاً:

١ ـ تفسير الكتابة وركنها.

٢ ـ في بيان ما يصح في الكتابة وما لا يصح.

٣ ـ في الشروط والخيار في الكتابة.

٤ ـ في عجز المكاتب، وفسخ الكتابة ليثبت عجزه.

٥ ـ فيما يملكه المكاتب وما لا يملكه.

٦ ـ في كتابة الحر على عبد وكتابة العبد على نفسه وعلى عبد آخر وكتابة المملوك على نفسه وأولاده.

٧ ـ في ملك المكاتب ولده أو بعض ذي رحم محرم أو امرأته وفي المكاتب يموت عنه وفاء في الأولاد.

٨ ـ في دعوة المولى ولد أمة المكاتب وفي دعوته ولد مكاتبة المكاتب.

٩ ـ في دعوى المكاتب الولد.

١٠ ـ في بيان المكاتبين إن كانت مكاتبتهما واحدة أو متفرقة.

١١ ـ في العبد يكون بين رجلين فيكاتباه أو يكاتبه أحدهما.

١٢ ـ في الرجل يكاتب بشقص مملوكه.

١٣ ـ في الاختلاف الواقع بين المولى والمكاتب.

١٤ ـ في مكاتبة المريض وإقراره بقبض بدل الكتابة.

١٥ ـ في الكتابة الموقوفة.

١٦ ـ في مكاتبة الصغير.

١٧ ـ في عزور المكاتب وما يلزمه من العقد.

١٨ ـ في المتفرقات.

الفصل الأول
تفسير الكتابة وركنها وشرط جوازها وحكمها

يجب أن يعلم بأن تفسير الكتابة لغة: الضم والجمع أي ضم كان وأي جمع كان، ومنه فعل الكتابة لما فيه من الجمع والضم بين الحروف، وسمي الجنس كتبته لانضمام البعض إلى البعض، إلا أن في عرف لسان الشرع إذا أطلق هذا الاسم مضافاً إلى المملوك يراد منه: جمع بخصوص وضم بخصوص وذلك لما ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة، بأن العبد يصير حراً يداً للحال ثم ينضم إلى هذه الحرية الرقبة عند أداء بدل الكتابة.

وأما ضم المولى العبد إلى نفسه في إثبات صفة المالكية له يداً، فإن العبد بعقد الكتابة يصير مالكاً نفسه وكسبه يداً حتى يختص بالتصرف في نفسه وكسبه.

وركنها: الإيجاب والقبول، لأنها عقد معاوضة من الجانبين فيكون الركن فيها الإيجاب والقبول كما في سائر المعاوضات.

وشرط جوازها على الخصوص: قيام الرق في المحل، وكون المسمىٰ معلوم القدر والجنس فأما كونها مؤجلاً منجماً فليس بشرط وهذا مذهبنا. ولقب المسألة أن الكتابة حالّة هل يجوز؟ فعند علمائنا رحمهم الله يجوز، والأصل فيه قبول الله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] أمر بالكتابة مطلقاً من غير فصل بقراء تكون مؤجلة أو حالة، والمعنى في ذلك أن البدل في الكتابة معقود به وليس بمعقود عليه كالثمن في باب البيع، ولهذا أجاز الاستبدال قبل القبض ولو كان معقوداً عليه لما جاز الاستبدال به قبل القبض، قلنا: والمعقود به يثبت في الذمة حالاً ومؤجلاً.

جئنا إلى بيان حكمها، أما من جانب العبد فحكمها في الحال ثبوت حرية اليد حتى يصير العبد أمضىٰ لمنافعه ورقبته ومكاسبه ينصرف إلى منافعه ومكاسبه ويذهب للتجارة حيث شاء، ولهذا لا يملك المولى منعه عن السفر، ولو شرط عليه أن لا يخرج من البلدة كان باطلاً.

وحكمها في الثاني: ثبوت حرية الرقبة أو بدل الكتابة، وأما من جانب المولى فحكمها في الثاني: حقيقة الملك في البدل إذا قبضه، ثم المكاتب يعتق عند أداء إذا بدل الكتابة: سواء قال له المولى في عقد الكتابة: على أنك إن أديت إلى ألفاً فأنت حر، أو لم يقل ذلك، واقتصر على قوله: كاتبتك على ألف درهم، وهذا مذهبنا.

وقال الشافعي رحمه الله: لا بد أن يقول على أنك إن أديت إلي كذا فأنت حر، وهذه المسألة في الحاصل بناء على معرفة معنى الكتابة، فيقول معنى الكتابة شرعاً ضم

حرية اليد للحال إلى حرية الرقبة عند أداء بدل الكتابة فيجعل هذا كالمنصوص عليه عند العقد، ولو نص على هذا الشيء أنه يعتق عند الأداء فكذا إذا لم ينص عليه، وصار معناه هذا.

ثم الكتابة إن كانت حالة فللمولى أن يطالب المكاتب بالبدل كما فرغ من العقد، كما ذكرنا أن البدل في الكتابة معقود به كالثمن في باب البيع، ثم الثمن في باب البيع إذا كان حالاً كان للبائع مطالبة المشتري كما فرغ من العقد فكذا هاهنا، وإن كانت مؤجلة منجمة فإما يطالبه بحصة كل نجم بحل ذلك النجم.

ومما يتصل بهذا الفصل
الألفاظ التي تقع بها الكتابة

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجل قال: لعبده قل جعلت عليك ألفاً تؤديها إلي نجوماً أول النجم كذا وآخر النجم كذا فإذا أديتها إلي فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق، فهو مكاتب لأنه إن لم يصرح بلفظة الكتابة فقد أتى بتفسير الكتابة ومعناها والعبرة في القعود لمعانيها لا لألفاظها.

وفي الوصايا إذا قال لعبده: أد إلي ألف درهم كل شهر مائة فأنت حر، قال هذا مكاتب وهو جائز. وفي «نوادر» ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله في «الإملاء»: إذا قال لعبده: إذا أديت إلي ألف درهم كل شهر مائة درهم فأنت حر أول النجم كذا أو آخره كذا فقبل ذلك، قال أبو حنيفة رحمه الله: هذه مكاتبة، قال هذا وقوله: إذا أديت إلي ألف درهم ولم يسم الشهور سواء ينبغي أن يكون مكاتبة كله، ولا تكون مكاتبة حتى يقوم اسم الكتابة يعني حتى يأتي بلفظ الكتابة، قال: ولكنه أخذ بالاستحسان والله أعلم.

الفصل الثاني
في بيان ما يصح في الكتابة وما لا يصح

ما يجب اعتباره في هذا الفصل أن جهالة البدل متى كاتب ـ جهالة جنس ـ منعت صحة التسمية في العقود كلها سواء كان عقداً هو معاوضة مال بمال كالبيع والإجارة وأمثالها، أو عقداً هو معاوضة مال بمال كالكتابة والخلع وأشباههما، وجهالة البدل إذا كانت جهالة وصف منعت صحة التسمية في عقد هو معاوضة مال بمال ولا يمنع صحة التسمية في عقد هو معاوضة مال بما ليس بمال، فرق بين معاوضة المال بالمال، وبما بين معارضة المال بما ليس بمال، فيما إذا كان جهالة البدل جهالة وصف.

والفرق أن في معاوضة المال بما ليس بمال، نفس المال ليس بمقصود وباختلاف الوصف إنما تختلف المالية، فإذا لم تكن المالية مقصودة فهذا بالجهالة لا يخل بالمقصود، فصار وجودها والعدم بمنزلة، أما في معاوضة المال بالمال: المالية مقصودة، وباختلاف الوصف تختلف المالية فيخل بالمقصود، فيجب اعتبارها.

بيان هذا الأصل ما ذكر في «الزيادات»: رجل قال لعبده: كاتبتك على عبد فقبل، جازت الكتابة لأن الكتابة معاوضة المال بما ليس بمال وقد ذكرنا أن جهالة وصف البدل في مبادلة المال بما ليس بما لا يمنع [٣٣٨/أ] صحة التسمية، قال: ينصرف إلى العبد الوسط، لأنه إذا صحت التسمية وجب العبد ديناً في الذمة، والأصل في الحيوان المجهول إذا ثبت ديناً في الذمة، أنه ينصرف إلى الوصف كما في الزكاة والوصية والدية، والمعنى أن في صرفه إلى الوسط عمل بالوصفين، لأن الوسط بين الجيد والرديء نظر للجانين، والوسط عند أبي حنيفة رحمه الله قيمته أربعون ديناراً، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على قدر غلاء السعر والرخص والمسألة معروفة. قال: ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب، لأن عقد الكتابة عقد إرفاق، فالظاهر أن يكون البدل على أقل من قيمته فقد جعل العبد هاهنا جنساً واحداً.

وقد ذكر في كتاب الوكالة: فيما إذا وكل رجلاً بشراء عبد وجعله أجناساً مختلفة وكأنه عمل بالشبيهين فألحقه بالجنس الواحد إذا سمي في عقد هو معاوضة المال بما ليس بمال، والأجناس المختلفة إذا سمى في عقد هو معاوضة المال بالمال.

وكذلك لو كاتبه على حنطة أو شعيرة وسمى مقداراً معلوماً إن وصف ذلك بصفة بأن شرط الجيد أو الرديء أو الوسط لما ذكرنا في العبد. ولو كاتبه على ثوب ولم يبين هروياً أو مروياً كانت التسمية فاسدة، لأن الثياب أجناس مختلفة، ولهذا لو وكل رجلاً بأن يشتري له ثوباً لا يجوز.

ولو كاتبه على درهم فقبله العبد كانت التسمية فاسدة لأن المسمى مجهول القدر جهالة متفاحشة لاوسط القدر هاهنا حتى ينصرف إليه.

والصرف إلى الأقل والأكثر متعذر، لأن الإيجاب قيمة المبدل ممكن، لأن العبد متقوم في نفسه والأصل في الأشياء قيمتها وإنما يعدل عنها عند التسمية، ولم تصح التسمية، فبقي حكم الأصل فهو معنى قولنا يقدر الصرف إلى الأقل والأكثر فيبقى مجهول القدر جهالة متفاحشة، وجهالة القدر نظير جهالة الجنس وجهالة الجنس مانعة لصحت التسمية في العقود كلها.

قال في «الأصل» في مسألة الثوب وإذا حدث فسدت الكتابة فإذا أدى إلى المولى ثوباً لا يعتق، ولو كاتبه على قيمتها كانت الكتابة فاسدة، لأن البدل مجهول القدر، لأن القيمة إنما تعرف بالحزر والظن، فرب مقوم يقومه بألف، ورب مقوم يقومه بألف إلا عشرة، وإذا كانت القيمة تحتمله لهذه المقادير فإذا كاتبه على قيمته فكأنه كاتبه على آخر هذه المقادير، وهناك تعذرت الكتابة بجهالة البدل كذا هاهنا.

فرق بين هذا وبينما إذا كاتبه على عبد فإنه يجوز، وإذا كانت تجب بهذه التسمية قيمة عبد وسط، ولهذا لو أتى بقيمة العبد يجبر المولى على القبول وهي بجهالة القدر، والفرق أن القيمة بتسمية العبد تجب حكماً لا قصداً فإنه نص على تسمية العبد، وهاهنا قيمته القيمة تثبت قصداً، فإنه نص على تسمية القيمة فكانت مقصودة، وقد ثبت الشيء

حكماً بغيره، وإن كان لا يثبت قصداً، فإذا أدى قيمته إلى المولى وقبل المولى يعتق.

فرق بين هذا وبينما إذا كاتبه على ثوب وإذا آتى المولى ثوباً حيث لا يعتق، وفي الموضعين جميعاً الكتابة قد فسدت.

والفرق أن في الكتابة مسميان: معاوضة وتعليق عتق، فإذاً العوض إما معاوضة فلوجوده العوض من الجانبين وإما تعليق عتق بأداء العوض فإن وجد التعليق أن يتعلق بنزول الحر الشرط يوجد في المستقبل وفي الكتابة تعليق وقوع العتق بأداء ما صار عوضاً، قلنا: والقيمة تصح عوضاً لأنها معلوم الجنس ويصير معلوم القدر عند الأداء، وإذا صلح عوضاً وهو ملفوظ به تعلق العتق بأدائه فأما الثوب لا يصح عوضاً لأنه مجهول الجنس والقدر، وما لا يصلح عوضاً في المعاوضات لا يتعلق العتق بأدائه في الكتابة، لأن عتق المكاتب معلق بأداء العوض فلا يعتق بأداء الثوب.

ثم فيما إذا كاتبه على قيمته ذكر أنه يعتق بأداء القيمة، ولم يذكر أن أداء القيمة. . . .[1] يثبت، قالوا: أداء القيمة إنما يثبت بأحد أمرين إما أن يتصادقا على إيفاء أداء قيمته فيثبت كون المؤدى قيمته بتصادقهما لأن الحق فيما بينهما لا يعدوهما وصار كضمان الغصب البيع الفاسد.

وإن اختلفا يرجع إلى تقويم المقومين فإذا اتفق اثنان على قدر يجعل ذلك قيمته له وإن اختلفا قوم أحداهما بألف والأخرى بألف وعشرة لا يعتق ما لم يؤد أقصى قيمته.

ثم في فصل الثوب فرق بين الكتابة وبينهما إذاقال: له إن أديت إلي ثوباً فأنت حر فأدى إليه ثوباً يعتق، وإذاكاتبه على ثوب فأدى إليه ثوباً لا يعتق والكتابة تعليق العتق بأداء المسمىٰ كقوله: إذا أديت إلي، والفرق أن التعليق في الكتابة إنما يثبت بعقد المعاوضة فإنما يثبت التعليق بأداء ما يصلح عوضاً والثوب لا يصلح عوضاً لكونه مجهول الجنس والقدر فلم يتعلق العتق بأدائه.

فأما في قوله: إن أديت التعليق فانتقضا لأنها معاوضة فيتعلق بما سمى لأنها تصلح عوضاً وقد سمى ثوباً يتعلق العتق بأدائه، ولم يذكر محمد رحمه الله فيما إذا كاتبه على ثوب أنه أدّىٰ قيمة نفسه هل يعتق أم لا؟

وذكر فيما إذا كاتبه على حكمه أو على حكم العبد أنه لا تجوز الكتابة وإذا أدى قيمته لا يعتق.

قال شيخ الإسلام رحمه الله لا فرق بين المسألتين، لأن في المسألتين جميعاً ما سمي لا يصلح عوضاً لأنه مجهول القدر والجنس، ثم قال في تلك المسألة: أنه لا يعتق بأداء القيمة فكذلك في مسألة الثوب.

قال رحمه الله: وهذا الذي ذكر قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله، فإن على قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله متى كان المسمى لا يصلح عوضاً بجهالة القدر أو بجهالة

---

(١) بياض بالأصل.

الجنس، فإنه لا يعتق العبد بأداء القيمة ولا تنعقد هذه الكتابة أصلاً لا على المسمى ولا على القيمة، وكذلك لو قال له: كاتبتك وسكت عن ذكر البدل، لا تنعقد الكتابة أصلاً عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله.

وهذا لأن في الكتابة شأن معاوضة وتعليق عتق بأداء ما يصلح عوضاً واعتبار معنى المعاوضة إن كان يوجب انعقادها على القيمة، وإن لم تكن القيمة ملفوظاً بها كما في البيع الفاسد، فمعنى التعليق يمنع انعقادها على القيمة إذا لم تكن القيمة ملفوظاً بها لأن التعليق بالشرط لا يثبت في موضع ما مر غير لفظ فإن أدى حد الشرط أن يكون ملفوظاً بها فاعتبار أحد المعنيين يوجب الانعقاد والآخر يمنع، والانعقاد لم يكن ثابتاً فلا يثبت بالشك، بخلاف البيع لأن البيع معاوضة من كل وجه، والعوض مما يثبت في المعاوضات من غير شرط كما في الغصب، وكما لو أكل طعام غيره حالة المخمصة.

فأما شرط العتق في موضع لا يثبت من غير لفظ متى كان ليثبت التعليق واللفظ، ولا يقال على هذا بأن التعليق في باب الكتابة يثبت تبعاً للمعاوضة، ولهذا قبل الفسخ فلا يشترط لصحة شرائط التعليق، ولو كان التعليق يثبت نصاً، لأنا نقول: لا يسلم بأن التعليق في الكتابة بيع، وهذا لأن تعليق العتق بأداء ما يصلح عوضاً من حكم الكتابة لأن الحكم الكتابة للحال حرية اليد، وفي الثاني: تعلق عتقه بأداء العوض، وإذا كان تعلق العتق بأداء العوض من حكم الكتابة ثابتاً مقصوداً لا بيعاً، ألا ترى أن ملك المشتري لما كان حكماً للمشتري لأن الشراء موضع الملك المشترىٰ كان ملك المشتري ثابتاً بالشراء مقصوداً، فكذلك الكتابة موضوعة لإثبات حرية اليد للحال ولتعلق حرية الرقبه بالأداء في الثاني فيكون التعليق ثابتاً بالكتابة مقصوداً لا بيعاً، ولهذا لم ينفك عقد الكتابة عن هذا الحكم كما لم ينفك عن إثبات حرية اليد.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «شرح كتاب المكاتب»: أن المسمى في الكتابة إذا لم يكن مالاً متقوماً، لا تنعقد الكتابة أصلاً كما إذا كاتبهما على حكمه أو حكم العبد [٣٣٨ب/ ١].

فإن حكمه قد يكون بغير المال، أو كاتبها على ميتة لا تنعقد الكتابة أصلاً على المسمىٰ ولا على القيمة فلا يعتق بأداء القيمة. وإذا كان المسمىٰ في الكتابة مالاً متقوماً إلا أنه مجهول الجنس أو القدر ينعقد العقد على القيمة، ويعتق بأداء قيمته.

وفي «المنتقى» رواية إبراهيم عن محمد رحمه الله: إذا كانت عنده خمسة أثواب يهودية جاز، وله خمسة أثواب فيهما، وإن جاءت بقيمتها أجبر المولي على الآخذ، وإن كان قد سمىٰ رفعها وجنسها وطولها وعرضها وأصلها لم يجبر على قبول القيمة؛ لأن بذكر الأخذ صار في معنى التسليم.

وفيه أيضاً: إذا كاتب عبداً له على وصف ولم يسمِّ له قيمة فهو جائز، ويؤخذ قيمة أعلى الوصف، أو أوسطها، أو أوكسها فيعطىٰ له ثلث الجملة، ولو أدىٰ الأعلى من الوصف أو الوسط قُبل منه ولو أدىٰ الأوكس لا يجوز إلا أن يتجوز به المولى.

وفي «البقالي»: إذا كاتبه بكذا، فإن عجز فبكذا لم يجز، وقيل: معناه لا تجوز الثانية. إذا قال: فإن عجزت فقد كاتبتك بكذا، وإنما لا يجوز الكل إذا أشار في الثانية إلى الأولىٰ فيقول: قال إن عجزت فبكذا، ولم يقل: فقد كاتبتك بكذا حتى يصير البدل مجهولاً.

وفيه أيضاً: إذا كاتبه على ألف على أن يؤدي منها كل شهر كذا أو ثوباً صفته كذا جاز. وفيه أيضاً: إذا كاتب بألف درهم على أن يرد المولى عليه وصفاً وسطاً لم يجزء.

وعن أبي يوسف: أنه يقسم الألف على قيمتها فيسقط حق الوصف، وعلى هذا الاختلاف مسألة ذكرها في «الجامع الصغير».

وصورتها: رجل كاتب عبداً له على مائة دينار على أن يردّ المولى عليه عبداً بغير عينه، فالمكاتبة فاسدة، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: تقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل حصة العبد، ويكون مكاتباً بما بقي، فوجه قول أبي يوسف رحمه الله: أن الكتابة لو فسدت إنما تفسد لمكان اشتراط العبد، غير أن اشتراط العبد في الكتابة لا يفسدها، ألا ترىٰ أنه لو كاتب عبده على عبد يجوز وينصرف إلى عبد وسط.

وجه قولهما: أن هذا عقداً يشتمل على بيع وكتابة؛ لأن ما كان من الدنانير بأن العبد الذي يرده المولي فهو بيع، وما كان منها بإزاء رقبة المكاتبة فهو كتابته، والبيع قد حصل بجهالة الثمن والمعقود عليه، فلو جازت الكتابة إنما تجوز بما يخصها من المائة دينار، والكتابة بما يخصها من البدل لا يجوز، فإنه لو كاتب عبداً له بما يخصه من الألف لو قسم الألف عليه وعلى عبد آخر له لا تجوز الكتابة فكذا ههنا.

وإذا كاتبه على مالٍ معينٍ أقر المكاتب بأن كاتبه مثلاً على عبدٍ بعينه أو على عرض بعينه فهو بعين المكاتب فقد ذكر في «الجامع الصغير» مطلقاً أنه لا يجوز.

وفي الحاصل: المسألة على وجهين: إما إن لم يجز صاحب العين، أو أجازه.

إن لم يجزه لا تجوز الكتابة؛ لأن الكتابة من حيث إنها عقد يقال ويفسخ نظير البيع، ولو اشترىٰ شيئاً بِعَرَضٍ لغيره ولم يجزه صاحب العرض، فإن الشراء لا يصح وكل تلك الكتابة، وهذا بخلاف ما لو تزوج امرأة على عرض لغيره ولم يجزه صاحب العرض، فإن النكاح يجوز، وكان للمرأة أن ترجع على الزوج بقيمة العرض، والكتابة لا تجوز وذلك لأن النكاح مما لا ينفسخ بهلاك الصداق قبل القبض، فكذلك بالإلحاق لا ينفسخ.

وإذا لم ينفسخ النكاح بقي السبب الموجب لتسليم العرض والزوج عاجز عن ذلك، وكان عليه تسليم قيمته.

فأما الكتابة مما يحتمل الفسخ بالإقالة، فكان كأنه بيع. وفي باب البيع: إذا لم يجز صاحب العرض لا يجوز فكذا الكتابة، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله في غير رواية «الأصول» وأصحاب «الأمالي» عن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز، حتى إنه إن

ملك وذلك العين فأداه إلى المولى عتق، وإن عجز عن أدائه رَدَّهُ المولى في الرق؛ لأن المسمى مالٌ متقوم، وقدرته على التسليم بما يحدث له فيه من الملك موهوم فتصح التسمية كما في الصداق إذا سمىٰ عبد غيره فإنه تصح التسمية بهذا الطريق.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله: إذا ملك ذلك العين فأدىٰ لا يعتق إلا أن يكون المولي قال له: إذا أديت إليَّ فأنت حر، فحينئذ بحكم التعليق تعلّق؛ لأن ملك الغير لم يصر بدلاً في هذا العقد بتسميته لأنه غير مقدور التسليم به.

وإذا لم يُسَمِّ شيئاً آخر معه لم ينعقد العقد أصلاً، فلا يكون العتق بحكم العقد، وإنما يكون باعتبار التعليق بالشرط، فإذا لم يصرح بالتعليق.

قلنا: إنه لا يعتق كما لو كاتبه على ثوب أو ميتة، وأما إذا أجازه صاحب العرض؛ قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله: يجب أن تكون المسألة على روايتين: في رواية يجوز وفي رواية لا يجوز؛ لأنه متى أجازه صاحب العرض صار صاحب العرض مقبوضاً من العبد كما في البيع فيصير العرض من كسبه، والمولى متى كاتب عبده على عين في يده وهو من كسبه بأن كان عبداً مأذوناً في التجارة في يده عين من كسبه هل تصح الكتابة أم لا؟ قالوا: فيه روايتان: في رواية يجوز وهو رواية كتاب الشرب، فقد ذكر في كتاب الشرب: إذا كاتب عبده على أرض في يده جازت الكتابة، وفي رواية: وأنه لا يجوز.

بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: وقفنا في رواية الجواز في كتاب الشرب ولم نقف على رواية الفساد وهي في آخر كتاب المكاتب في «الأصل» وقيل: أشار في نكاح «الأصل» إلى هذه الرواية وروىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله نصّاً أنه لا يجوز، فصار في المسألة روايتان، واتفقت الروايات: أنه لو كاتب على دراهم في يد العبد من كسبه أن الكتابة جائزة.

وجه الرواية التي قال: لا يجوز وهو أنا متى جوزنا الكتابة على العين لا يخلو إما أن يجعل العبد أحق بهذه العين أولاً ثم يجعله بدل الكتابة بعدما صار أحق به أو لا يجعله أحق به، فإن لم يجعله أحق به لم نجز هذه الكتابة؛ لأنها لا تفيد شيئاً. قال: العين قبل الكتابة مملوك للمولي رقبة ويداً، فهو بقي كذلك بعد الكتابة فلم يصر العبد أحق به لم يستفد المولي، بهذه الكتابة شيئاً، لا ملك الرقبة، ولا ملك التصرف، فكان بمنزلة ما لو اشترىٰ شيئاً من العبد المأذون ولا دين عليه، وإن جعلناه أحق به لا يجوز أيضاً. وإن كان لو جاز لأفاد أن المولي يستفيد به ملك التصرف، وذلك لأنا متى جوزنا الكتابة على العين بهذه الطريق لا يتحقق معنى الكتابة، وذلك لأن تغيير الكتابة شرعاً إيجاب حريتين على سبيل التعاقب والترادف، وهو إثبات حرية اليد ثم حرية الرقبة على ما بيّنا، ومتى جوزنا الكتابة على العين تثبت الحريتان معاً لا على سبيل التعاقب فيكون إعتاقاً على مال ولا يكون كتابة.

بيانه: أن العبد إذا صار أحق بالعرض أولاً يصير العرض مملوكاً للمولي على

الحقيقة بنفس العقد، كما لو اشترىٰ منه بعد الكتابة عرضاً يصير مملوكاً للمولي حقيقة بنفس الشراء، حتى لو اشترىٰ امرأته من المكاتب فسد النكاح بنفس الشراء وإذا ملكه بنفس العقد يعتق العبد كما فرغا من العقد، فتثبت حرية اليد والرقبة معاً لا على سبيل الترادف فيكون إعتاقاً على مالٍ حينئذ لا كتابة. فإذا دُبِّرَ تجويز الكتابة على العين متعذر ما لو كاتب على الدراهم التي في يده لأنا لو جوزنا الكتابة على هذه الدراهم، وجعلنا العبد أحق به، فإن العقد لا يتعلق بعينه حتى يملك المولى حقيقة بنفس العقد، وإنما [٣٣٩أ/١] يتعلق العقد بمثله ديناً في الذمة؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات عندنا، وما ثبت ديناً في ذمة العبد للمولي، فإنما يملك المولي على الحقيقة بالقبض، ولهذا لم تصح الكفالة بها. وإذا توقفت حقيقة الملك في الدين على القبض يتحقق معنى الكتابة، فإنه يثبت حرية اليد للحال، وحرية الرقبة في الثاني إذا صار بدل الكتابة فهو كالمولى على الحقيقة، فأما إذا كان عيناً فإن المولي يملكه على الحقيقة بنفس العقد، كما لو اشترىٰ منه.

ووجه الرواية التي قال بأنه تجوز الكتابة على دراهم في يد العبد يجوز، ويصير العبد أحق به، ومتى صار أحق به أفادت الكتابة فائدتها، فيجوز قوله، وإن صار أحق به لا تجوز الكتابة على العين؛ لأنه ثبتت الحريتان معاً، ويكون عتقاً على مال الكتابة.

قلنا: هكذا أن لو جعلنا قبل الكتابة رقبة العَرَض فيقال: ثبت الملك للمولى في رقبة العرض بنفس العقد، كما لو اشترىٰ فتثبت الحريتان معاً لا على سبيل التعاقب والترادف بحدٍّ لا يجعل الكتابة رقبة العرض بل يجعل بدل الكتابة ملك التصرف في العرض، فثبت للمولى بعقد الكتابة، فكل التصرف في العَرَض وملك الرقبة كما يصلح عوضاً في المعاوضات، فملك التصرف يصلح عوضاً، ألا ترىٰ أنه إذا اشترىٰ ربُّ المال من المضارب ولا ربح في مال المضاربة صح الشراء باعتبار ملك اليد والتصرف.

وإذا صلح ملك اليد والتصرف عوضاً كما يصلح ملك الرقبة عوضاً جعلنا بدل الكتابة ملك التصرف لا ملك الرقبة، بل تبقى الرقبة على ملك المولي. إنما جعلناه هكذا تصحيحاً للكتابة، وهذا لأنا متى جعلنا البدل ملك الرقبة لا تصلح الكتابة؛ لأنه يثبت الحريتان معاً لا على سبيل الترادف؛ لأن ملك التصرف إنما يصير للمولي بعد العتق فيثبت للمكاتب بحرية اليد بنفس العقد، وتثبت حرية الرقبة بعدما ثبت ملك الرقبة للمولي بالقبض، فتثبت الحريتان على سبيل الترادف، فجعلناه كذلك تصحيحاً للكتابة بقدر الممكن بخلاف البيع، وذلك لأنا إذا جعلنا هذا كملك الرقبة معقوداً عليه مع ملك التصرف لا يؤدي إلى الفساد فجعلنا كلا الأمرين معقوداً عليه، كما لو اشترىٰ من الحرّ.

وكذلك لو قال: كاتبتك على كُرٍّ فلان بعينه أو طعام فلان بعينه؛ لأن ما سوىٰ الدراهم والدنانير من المكيلات والموزونات مما يتعين بالتعيين في المعاوضات. وإذا تعيّنا بالتعيين كان الجواب في المكيل والموزون كالجواب في العروض سواء.

فإن قال: كاتبتك على ألف فلان هذه فإن الكتابة تجوز، وذلك لأن الدراهم

والدنانير مما لا يتعينان بالتعيين في عقود المعاوضات عندنا، حتى لا يتعلق العقد بعين ما أضيف إليه، وإنما يتعلق بمثله ديناً في الذمة، وإذا لم يتعينا بالتعيين. صار وجود هذا التعيين وعدمه بمنزلة.

ولو عُدم التعيين بأن قال: كاتبتك على ألف درهم جاز، فكذا إذا وجد ولم يكن لها غيره، فإن أدىٰ إليه تلك الألف بعينها لا شك أنه يعتق، وإن أدىٰ ألفاً غيرها فكذلك.

فرق بين هذا وبينما إذا قال لعبده: إن أديت إليّ ألف فلان هذه فأنت حر، فأدىٰ غيرها فإنه لا يعتق وفي الكتابة تعليق عتق، كما في قوله: إن أديت إليَّ ألفاً فأنت حر، والفرق ما ذكرنا أن التعليق في باب الكتابة ثابت بالمعاوضة فيتعلق الأداء بما هو عوض، والتعيين هاهنا دخل على ما هو عوض.

والتعيين متى دخل على العوض وهي الدراهم أو الدنانير كان التعيين لغواً كما في سائر المعاوضات، وإذا أُلغي صار هذا التعيين وعدمه بمنزلة، فأما التعليق بقوله: إن أديت إليّ ألفاً فأنت . . . .[1] في المعاوضة؛ لأن هذا ينعقد يميناً للحال، والتعيين دخل هاهنا على الشرط لا على العوض. والتعيين إذا دخل على الشرط يكون معتبراً.

قال: وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير فالكتابة فاسدة؛ لأن لخمر والخنزير كل واحد منهما ليس بمال متقوم في حق المسلم. وتسمية ما ليس بمال متقوم في عقد يحتاج فيه إلى التسليم يوجب فساد العقد كالبيع. فإن أدىٰ ذلك قبل أن يترافعا إلى القاضي عتق، وعليه قيمة نفسه؛ لأن الكتابة قد فسدت، والمعقود عليه في العقود الفاسدة مضمون بالقيمة.

وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن عند زفر رحمه الله لا يتعلق إلا بأداء قيمة نفسه؛ لأن البدل في الكتابة الفاسدة هي القيمة، وإنما يعتق المكاتب بأداء البدل. وعند أبي يوسف رحمه الله أدىٰ المشروط أو قيمة نفسه فإنه يعتق؛ لأن البدل صورةً هو المشروط، والعتق يتعلق بأدائه، ومن حيث المعنى البدل هو القيمة فإن هو أدىٰ يعتق.

وفي «المنتقىٰ»: ابن سماعة عن محمد رحمه الله في الكتابة إذا كانت فاسدة بأن حصلت على ألف رطل من خمس أو على عبد لرجل أو ما أشبه ذلك. وأداء المكاتب إلى المولي ما شرط في عقد الكتابة عتق، ويسعىٰ في تمام قيمته. قال: وقال أبو يوسف وأبو حنيفة رحمهما الله أنه قال المولي في عقد الكتابة: إن أديت إليّ فأنت حر عتق عبده بالأداء، وعليه تمام قيمته.

وإذا لم يقل ذلك في عقد الكتابة لم يعتق. وقال أبو يوسف رحمه الله ينبغي أن في قول أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا قال: إن أديت إليّ فأنت حر أنه إذا أدىٰ عتق ولا شيء عليه.

وإن كاتب الرجل عليه وهو خياط أو صباغ على عبد مثله يعمل عمل القياس أن لا تصح هذه الكتابة. وفي الاستحسان: يصح. وجه القياس: أنه جعل بدل الكتابة ما لا

(١) بياض بالأصل.

يمكنه التسليم؛ لأنه جعل بدل الكتابة عبداً موصوفاً بصفة، وقد يكون عبدان على تلك الصفة ويتفاوتان في القيمة تفاوتاً فاحشاً، فالمولي يطالبه بأكثرها قيمة، وهو سلّم أدناهما قيمة بخلاف ما لو ذكر العبد مطلقاً لأن المستحق بهذا عبد وسط، فأما هاهنا المستحق عبد على الصفة التي ذكره المولي وعلى هذه الصفة يتفاوتان.

وجه الاستحسان: أن العبدين على الصفة الذي وصفه المولى إن كانا يتفاوتان في القيمة إلا أن المولي يجبر على قبول أقلهما قيمة كما في الوسط، فإن القيمة بين وسط ووسط مما يتفاوت، ولم يمنع ذلك جواز الكتابة لأن المولى يجبر على قبول أقلهما قيمة فكذلك هذا.

وإذا كاتب الرجل إلى الحصاد أو إلى الدياس، القياس أن لا يجوز، وفي الاستحسان يجوز. وجه القياس أن الجهالة دخلت في قدر الأجل فيعتبر بجهالة دخلت في قدر الرجل والبدل، والجهالة في قدر البدل يوجب الفساد قلّ أو أكثر بأن كاتبه على قيمته، فكذلك في قدر الأجل.

ودليله: ما لو كاتبه بألف درهم إلى وقت هبوب الريح، بخلاف ما لو كاتبه على وصف أو إشاره لأن الجهالة في الوصف لا في القدر.

وفي الاستحسان يجوز؛ لأن الجهالة وإن دخلت في قدر الأجل إلا أن حال الأجل أضعف من حال البدل؛ لأن البدل دين في باب العقد لا يجوز العقد بدونه. والأجل شرط زائد يجوز العقد بدونه فكان حال الأجل دون حال البدل، فقيل بأن الجهالة في قدر البدل يمنع حجة العقد قلّ أو كثر ليظهر مؤنة حاله والجهالة في قدر الأجل إن كان قليلاً لا يوجب الفساد ويكون بمنزلة جهالة يتمكن في صفة البدل، وإن كانت فاحشة كما في هبوب الريح يوجب الفساد، ويُعتبر بجهالة قدر يتمكن في البدل ليظهر نقصان حال الأجل من حال البدل.

وإن كاتب الرجل عبده على ألف درهم، وفي يد العبد ألف درهم أو أقلّ أو أكثر كانت الكتابة جائزة وكانت ينبغي أن لا يجوز إذا كان في يده أكثر [٣٣٩ب/١] من ألف أو أقل لأنه ربا، ألا ترىٰ أنه إذا اشترىٰ منه ألفاً بألفين بعد الكتابة فإنه لا يجوز، وإنما لا يجوز لمكان الربا.

والفرق: أن حكم هذا الربا أخف من حكمه بعد الكتابة؛ لأن العقد هنا يوجد مع العبد فلا ربا بين المولي وبين العبد، وحكمه يقع هاهنا بعد الكتابة والربا يجري بين المولى ومكاتبه، فباعتبار العقد لا يكون هذا ربا، وباعتبار الحكم يكون ربا فكان ربا من وجه دون وجه، فيشبه هذا الوجه الاعتياض عن الأقل؛ لأن ذلك ربا عند بعض الفقهاء فليس بربا عند البعض فكان ربا من وجه دون وجه فجاز، فكذاكم بخلاف ما لو وجد هذا العقد بعد الكتابة لأنه ربا باعتبار العقد والحكم جميعاً، فكان ربا من وجه دون وجه ملحق بالعبد المأذون؛ لأن المكاتب بين الحر والعبد والله أعلم.

الفصل الثالث
في الشروط والخيار في الكتابة

قال محمد رحمه الله: إذا كاتب الرجل عبده على أن يخدمه شهراً، القياس: أن لا يجوز، وفي الاستحسان: يجوز.

وجه القياس: أن الخدمة مجهولة الجنس قد تكون في البيت وإنها مختلفة قد تكون طبخاً وقد تكون كنساً وقد تكون خارج البيت وإنها مختلفة أيضاً، وقد تكون سعياً وقد يكون تكسير حطب وشراء شيء والتفاوت الكبير يوجب اختلاف الجنس وجهالة الجنس توجب فساد الكتابة.

قال مشايخنا رحمهم الله: ذِكْرُ القياس في الكتابة يكون ذكرَ في الإجارة فيقال فيما إذا استأجر رجلاً ليخدمه شهراً: أنه لا يجوز قياساً من طريق الأولىٰ؛ لأن الكتابة أسرع جوازاً من الإجارة.

وجه الاستحسان: أن أعمال الخدمة معلومة فيما بين الناس عرفاً، والمعروف فيما بين الناس كالمشروط، وبهذا جازت الإجارة وإن لم يبين نوع الخدمة، وينصرف مطلق اسم الخدمة إلى ما يعتاد خدمة فيما بين الناس في البيت وخارج البيت فكذا هاهنا قيل أولىٰ؛ لأن الكتابة أسرع جوازاً من الإجارة.

وكذلك إذا كاتبه على أن يخدم فلاناً شهراً صح استحساناً لا قياساً.

ولو كاتب عبده على ألف درهم على أن يؤديها المكاتب إلى غريم له كانت الكتابة جائزة، فرق بين الكتابة وبين البيع، فإنه إذا باع عبده بألف درهم على أن يؤدي المشتري إلى غريم البائع كان البيع فاسداً، وقد شرط في الموضعين شرطاً لا يقتضي العقد؛ لأن العقد في الموضعين لا يقتضي الأداء إلىٰ غير العاقد، وللمولى والبائع في هذا الشرط فائدة، فإنه يسقط عن نفسه مؤنة القضاء إلى غريمه، والناس يتفاوتون في الاستيفاء أيضاً مع هذا حكم بفساد البيع ولم يحكم بفساد الكتابة.

والوجه في ذلك: أن البيع بمثل هذا الشرط إنما يفسد ليست بالربا لأنه شرط على المشتري لنفسه منفعة ليس بأدائها عوض، والربا ما ملك بالبيع وخلا عن العوض، والربا يفسد البيع، وفي الكتابة لا يصير ربا؛ لأنه خالٍ ما تشترط عليه هذه الزيادة المكاتب عبده؛ لأن العقد يجري بينهما وهو عبد، وحكمه ثبت وهو مكاتب فكان ربا من وجه باعتبار الحكم، ولو لم يكن ربا باعتبار العقد ومثل هذا لا يفسد الكتابة، كما لو كاتب عبداً له على نفسه مما في يده من المال بألف درهم، وفي يد العبد ثلاثة آلاف درهم.

وكذلك لو كاتبه على ألف درهم على أن يضمها لرجل على من سيده فالكتابة جائزة، ولو كان مكان الكتابة بيعاً بأن باع عبداً له من رجل بألف درهم على أن يضمن المشتري الثمن عنه لغريم البائع فالبيع فاسد والفرق ما ذكرنا. قال: والضمان جائز

أيضاً، وهذا الاستحسان والقياس أن لا يجوز.

قال: ولو قال العبد للمولى: كاتبني على ألف درهم على أن أعطيها من مال فلان فلا تجوز هذه الكتابة، وطريقه أنهما وإن شرطا في الكتابة شرطاً لا تقتضيه المكاتبة إلا أنه لا منفعة للمولى في هذا الشرط؛ لأن الألف من ماله ومن مال فلان في حق المولي على السواء، واشتراط ما لا يقتضيه العقد إذا لم يكن للمشروط فيه منفعة لا يوجب فساد العقد من ذلك في كتاب البيوع.

قال في «الجامع الصغير»: إذا شرط المولي على المكاتب أن لا يخرج من البلدة إلا بإذنه فهذا الشرط باطل والكتابة جائزة، وإنما كان الشرط باطلاً لأنه تخصيص لما دخل تحت الكتابة من حيث المكان؛ لأن إبطال الإطلاق إلى الأماكن كلها للتجارة دخلت تحت الكتابة؛ لأنه طريق التجارة واكتساب المال. قال الله تعالى: ﴿فَٱنتَشِرُواْ فِى ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠] وما كان طريقاً للتجارة. واكتساب المال يجب أن يكون داخلاً تحت الكتابة وثباتاً على المصر قياساً على البيع والشراء والاحتطاب والاصطياد.

قلنا: وتخصيص ما دخل تحت الكتابة يوجب فساد الكتابة، كما لو خص عليه التصرف في نوع دون نوع، إلا أن فساد هذا الشرط لا يوجب فساد الكتابة؛ لأن الكتابة تشبه النكاح من حيث أن أصل مبادلة المال بما ليس بمال في الكتابة تقابل الرق، والرق ليس بمال، ولهذا أوجب الحيوان ديناً في الذمة بدلاً عن الرق ونسبة البيع من حيث إنها تقال وتفسخ فكانت بين البيع والنكاح فألحقناها بالنكاح فلم تفسد، هذا شرط لا يقتضيه إذا كان شرطاً يمكن الوفاء به وإن كان لأحدهما فيه منفعة وألحقناها بالبيع وأفسدناها بشرط لا يقتضيه إذا كاتب عاجزاً عن الوفاء به، ولأحدهما فيه منفعة عملاً بالشبهين جميعاً. إذا ثبت هذا فنقول: إن الشرط يخرج المكاتب إن كان شرطاً لا تقتضيه الكتابة وللمولى فيه منفعة حتى يمكنه المطالبة والمطالعة كل ساعة، ويمكن للمكاتب الوفاء به فألحقناها بالنكاح فلم يفسدها به.

وفي «نوادر» المعلّى عن أبي يوسف: إذ كاتب عبده على أنه إن خرج من البلدة فهو عبد والكتابة فاسدة. ولو كاتب أمته على ألف درهم على أن يطأها ما دامت مكاتبة فالكتابة فاسدة؛ لأن شرط الوطء لا تقتضيه الكتابه، وللمولي فيه منفعة ولا يمكن للمكاتب الوفاء به. فلو أدت الألف عتقت؛ لأن الوطيء لا يصلح بدلاً، فصار البدل هو الألف لا غير.

وإذا عتقت فإن كان الألف مثل قيمتها لم يجب شيء آخر وإن كان أقلّ من قيمتها فعليها تمام قيمتها؛ لأنه إنما رضي بزوال ملكه عنها بأقل من قيمتها رغبة في الشرط، فإذا لم يسلم له المشروط كان عليها تمام القيمة، فإن وطئها قبل أداء الكتابة فعليه عقرها إذا أدت وعتقت، وهذا بخلاف ما لو باع جارية بيعاً فاسداً ووطئها البائع قبل التسليم ثم سلمها فإنه لا عقر على البائع لأن هناك الملك ثبت للمشتري بالقبض، فكان البائع واطئاً

ملك نفسه، وهاهنا حكم الكتابة يثبت من وقت العقد. ولهذا لو وطئها غير المولي ضمن العقر لها القيمة إلا أن في الكتابة الفاسدة لا يجب العقر للحال لأنها يفسخ بحكم الفاسد، فإذا أدت وعتقت بغير حكم الكتابة، فيجب العقر، ويجوز من اشتراط الخيار في الكتابة ما يجوز في البيع؛ لأنها عقد يحتمل الفسخ والإقالة، فيحتمل الخيار كالبيع، وعن أبي يوسف أنه لا يجوز اشتراط الخيار في الكتابة لا للمولي ولا للمكاتب.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يجوز اشتراط الخيار للمولى ويجوز اشتراطه للمكاتب. وفي «ظاهر الرواية»: يجوز على نحو ما بينا.

وإن شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله كما في البيع، فإن أجاز صاحب الخيار في الثلاث جاز، وإن لم يمضها حتى مضت الثلاث بطلت الكتابة عنده كما في البيع بشرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام إذا لم يمض من له الخيار حتى مضت الثلاث فإنه يبطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله كذا ههنا.

ولو اشترط المولي بالخيار لنفسه ثلاثاً فاكتسب العبد كسباً أو كاتب جاز فوطئت بشبهة ووجب العقر أو ولدت ولداً أو قتل الولد وجبت القيمة [٣٤٠أ/ ١].

ثم أجاز المولى الكتابة فكذلك، ولو باع المولى الولد أو وهبه وسلم أو أعتقه جاز تصرفاته وبطلت الكتابة كما في البيع، فإن الجارية المبيعة بشرط الخيار للبائع إذا ولدت في هذا الخيار فأعتق البائع الولد أو ردّه وكان ذلك ردّ البيع.

والمعنى في الكلّ أن الولد حرّ ومنها ولو باشر هذه التصرفات منها كان رد الكتابة فكذا في حرف منها وإذا كاتب عبده على نفسه وأولاده صغار على أنه بالخيار ثلاثة أيام فمات بعض ولده ثم أجاز الكتابة لا يسقط شيء عنه من البدل كله عليه دون الولد إذ لا ولاية له على ولده في إلزامه إياه شيئاً وكذلك لو كاتب عبدين له كتابة واحدة على أنه بالخيار فمات أحدهما ثم أجاز الكتابة جاز ولا يسقط شيء من المكاتبة.

ولو كاتب أمته أنها بالخيار فأعتق السيد الولد فهي على خيارها لأن إعتاق السيد الولد بجامع بقاء الكتابة فيها، ألا ترىٰ أن بعد لزوم الكتابة لو أعتق المولي ولدها تبقى الكتابة فيها على حالها كذا هاهنا.

فإن أجازت الكتابة بعدهن ولكن لا يسقط شيء من البدل لأن في هذا تحصيل بعض مقصودها. ألا ترىٰ أنها لو ولدت بعد نفوذ الكتابة فأعتق المولي الولد لم يحط عنها شيء من البدل، فكذا إذا أعتق الولد قبل تمام النكاح للكتابة، بخلاف ما إذا كان الخيار للمولى فأعتق الولد لأن هناك ينفسخ العقد بإعتاق الولد، أما هاهنا بخلافه.

ولو كان الخيار للمولى فأعتق المولي لا يعتق معها، بخلاف ما إذاكان الخيار لها وأعتقها المولى، فإن هناك يعتق الولد معها. والفرق أن بإعتاق المولى إياها تنفسخ الكتابة فيها، ويثبت العتق فيها بالإعتاق لا بالكتابة، والولد منفصل عنها، فأما إذا كان الخيار لها وأعتقها المولى، فبإعتاقها في هذه الصورة لا تنفسخ الكتابة فيها، فكان العتق حاصلاً بجهة الكتابة فيبيعها الولد فيه.

ولو كان الخيار للمولى فولدت ثم ماتت في مدة الخيار لا تبطل الكتابة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وله أن يجيزها. وإذا جاز يسعىٰ الولد على نجوم الأم، فإذا أدىٰ عتقت الأم في آخر جزء من أجزاء حياتها. وعند محمد رحمه الله تبطل الكتابة ولا تصح إجازة المولي.

وجه قول محمد رحمه الله: أن المعقود عليه مَات في مدة الخيار فيبطل العقد، كما لو باع أمةً على أن البائع بالخيار فولدت ثم ماتت. والمعنى في ذلك أن لزوم العقد عند سقوط الخيار فلا بد من بقاء من هو الأصل، والمعقود بالعقد عند ذلك. وجه قولهما: إن ألف لزم ومنها فيجعل قائماً مقامها في تنفيذ العقد عند الإجازة باعتبار حاجتها وحاجته إلى تحصيل العقد عند الأداء، ألا ترىٰ أن بعد لزوم العقد لو مات يجعل الولد قائماً مقامها في السعاية على النجوم للمعنى الذي ذكرنا فكذا هاهنا.

وإذا كان الخيار للمولى فاشترت وباعت في مدة الخيار ثم رد المولى الكتابة فإذا لم تثبت الكتابة، لم يثبت الإذن فلا تنفذ تصرفاتها، إلا أن يراها تبيع وتشتري ويسكت فحينئذ يكون ذلك من المولى إجازة المكاتبة وتنفذ تصرفاتها وإن كان الخيار للمكاتب فتصرفه يكون إجازة للكتابة.

ولو كاتبها وشرط الخيار لنفسه فولدت ولداً ثم أسقط صاحب الخيار خياره فالولد مكاتب معها لأن حكم الكتابة عند سقوط الخيار تثبت من وقت العقد كما في البيع، فتبين أن هذا ولد المكاتبة فيصير مكاتباً والله أعلم.

الفصل الرابع
في عجز المكاتب وفسخ الكتابة ليثبت عجزه

وإذا عجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة، وأراد المولى أن يفسخ عقد الكتابة ويردّه في الرق إن رضي المكاتب بالفسخ لا شك أنه ينفسخ العقد بفسخهما؛ لأنه تم بهما، فينفسخ بفسخهما أيضاً كالبيع والإجازة وأشباههما، وإن لم يرض المكاتب بالفسخ ففسخ المولى العقد بنفسه ففيه روايتان: في رواية لا يصح فسخه، ويحتاج فيه إلى قضاء القاضي، وإنما كان للمولى حق فسخ الكتابة عند عجز المكاتب إما لأنه تمكن الخلل في مقصود المولي فتمكن الخلل في مقصود العاقد لعدم تمام الرضا، وعدم تمام الرضا في العقد المحتمل للفسخ يمنع لزومه، وكل عقد هو ليس باللزوم فللعاقد فسخه بشرائط، ولأن هذا بمنزلة العيب من حيث أنه يوجب تمكن الخلل في مقصود العاقد، وبالعيب يفسخ كل عقد يحتمل الفسخ فهذا أمر متفق عليه.

بعد هذا اختلفت الروايات في اشتراط قضاء القاضي لصحة هذا الفسخ. وجه الرواية التي قال القاضي: ليس بشرط أن هذا تمكن في أحد العوضين قبل تمام العقد لأن تمام الكتابة بالأداء؛ لأن تمام العقد لوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه، فيشبه من ذلك

الوجه لو وجد المشتري بالمشترىٰ عَيْباً قبل القبض، وهناك ينفرد المشتري بالفسخ ولا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي فهاهنا كذلك.

وجه الرواية الأخرىٰ: أن هذا عيب تمكن في أحد العوضين بعد القبض؛ لأن المكاتب يعقد الكتابة فصار في يده، فأشبه من هذا الوجه ما لو وجد المشتري بالمشترىٰ عيباً بعد القبض، وهناك المشتري لا ينفرد بالفسخ كذا هاهنا.

وإن أراد المكاتب أن يعجز عن نفسه فقال المولي: لا أعجزك هل تنفسخ الكتابة؟ روي عن الفقيه أبي بكر البلخي رحمه الله أنه قال: سمعت أبا نصر محمد بن محمد بن سلمة عن أبيه محمد بن سلمه أنه قال: إذا رأىٰ المولى أن يعجزه فله ذلك ولا تنفسخ الكتابة بتعجيزه، وكان يقول المولي يقول له: إذا أعجزتك على أن أستكسبك وأشغلك بالكسب فلي أن لا أعجزك واستكسبك فيكون الكسب لي، ولذلك قال الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله: وإنه خلاف ما ذكر أصحابنا رحمهم الله في كتبهم فإنهم قالوا: للعبد أن يعجز نفسه، وذلك لأن النفقة بعد التعجيز وفسخ الكتابة تكون على المولي، وكذلك جنايته على المولي، وفي حالة الكتابة كل ذلك على العبد.

وللعبد أن يعجز نفسه ويفسخ الكتابة حتى يلزمه ذلك.

فالحاصل: أن الكتابة في جانب المكاتب على قول محمد بن سلمة لازمة، وعلى ما يقوله أصحابنا رحمهم الله في كتبهم غير لازمة وإن كانت الكتابة مؤجلة منجمة فكسب المكاتب نجماً واحداً قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: يرد في الرق، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يردّ في الرق ما لم يكسب نجمين. فوجه قول أبي يوسف رحمه الله: أن النجم الثاني جعل وقتاً لأداء ما وجب بالأول فلا يتم عجزه عن النجم الأول إلا بالثاني، ولهما ذكرنا من وجهين: أنه تمكن الخلل في المعقود عليه، وأن هذا معنى العيب، ومعنى آخر: أن النجم الأول لما مضى صار ذلك القدر حالاً فلا يوجد ثانياً بعد حلوله وفي التأخير إلى الثاني تأجيل له إلا أنه يوجد يومين أو ثلاثة إذا كان له مال حاضر أو غائب يرجى قدومه، ثم إذا كبر نجماً أو نجمين يرد في الرق وإن لم يشترط المولى ذلك العقد، لأن الفسخ والرد في الرق عند العجز من قضية عقد الكتابة شرعاً لما ذكرنا، وما يقتضيه العقد شرعاً يثبت من غير شرط.

قال: رجل كاتب عبدين له مكاتبة واحدةً ثم إن أحدهما عجز ورده المولى أو قدمه إلى القاضي ورده القاضي ولا يعلم القاضي بمكاتبة الآخر معه فإنه يصح ردّه، وذلك لأن العبدين في حق المولى جعلا كعبد واحد على ما يأتي من حيث الحكم؛ لأن الانقسام في حقه غير ثابت كما في العبد الواحد على ما يأتي بيانه بعد هذا.

ولو كان العبد واحداً يفسخ المولى أو القاضي الكتابة في نصفه أو في كلّه حالة القدرة على الآن فإنه يكون الرد باطلاً؛ لأن شرط الرد إذا لم يوجد الرضا من العبد يفسخ الكتابة بالعجز عن أداء بدل الكتابة، ولا يتحقق عجز هذا [٣٣٩ب/ ١] ما دام الآخر قادراً لأنه يعتق بأدائه، ولهذا قلنا: لو مات أحدهما عاجزاً، فإن الكتابة لا تنفسخ؛ لأن القدرة

على الأداء ثابته من جهة صاحبه، فكذلك هذا.

فإن عاد هذا الذي رد في العتق ليثبت عجزه، وجاء الآخر واستسعاه المولى في نجم أو نجمين منجز، فأراد أن يرده القاضي، فليس له ذلك، وذلك لأن رد الأول لم يصح، لأن عجزه لم يثبت من حيث الاعتبار، فبقي قادراً، وإذا بقي الأول قادراً لم يثبت عجزه؛ لأن قدرة الأول قدرة هذا، فما لم يعجزا معاً لا يثبت عجز.

ولو ان رجلين كاتبا عبداً مكاتبة واحدة فغاب أحدهما وقدم الشاهد العبد إلى القاضي وقد عجز لا يرده في الرق حتىٰ يجتمع المولیان جميعاً، وهذا الجواب على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يشكل؛ لأن فسخ الكتابة في نصيب الشاهد دون نصيب الغائب غير ممكن على مذهبنا؛ لأن الكتابة عندهما لا تتجزأ ثبوتاً فكذا لا تتجزأ بقاء، وإذا لم يكن فسخ الكتابة في نصيبه إلا بعد الفسخ في نصيب صاحبه، والفسخ في نصيب الغائب متعذر حال غيبته لأن لا ولاية للحاضر على صاحبه تعذر الفسخ في نصيب الحاضر.

وإنما لا إشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله لأن الكتابة على قول أبي حنيفة رحمه الله تتجزأ ثبوتاً فتتجزأ بقاء، فيمكن فسخ الكتابة في نصيب الشاهد مع بقاء الكتابة في نصيب الغائب، فكان يجب أن يفسخ الكتابة في نصيبه، إذ ليس في هذا فسخ عقدعلى صاحبه وفسخ العقد في نصيبه مقيد، لأن ما اكتسب بعد هذا يكون النصف له، هذا قال: لا يصح لأن فسخ العقد في نصيب الشاهد فسخ عقد على الغائب من وجه، لأن كتابة الحاضر نصيبه ما يؤثر في نصيب الآخر حتىٰ يمتنع بيعه، وإذا كان مؤثراً في نصيبه وقد حصل ذلك التأثير برضاه جعل كالكاتب من جهته، وإذا صار كالثابت من جهة متىٰ فسخ العقد في نصيبه صار فاسخاً على صاحبه قدر ما انعقد لصاحبه من وجه، كما لا يكون له فسخ عقد على صاخبه إذا اثبت العقد من جهة صاحبه من كل وجه، فكذا لك لا يجوز له فسخ عقد ثبت لصاحبه من وجه دون وجه.

وهذا بخلاف رجلين لكل واحد منهما عبد على حدة، كاتباهما كتابة واحدة ثم عجز أحدهما كان لمولاة أن يفسخ الكتابة فيه، وإن كان مولى الآخر غائباً قال: لا يفسخ، وذلك لأن الشاهد من مسألة العبدين لم يصر فاسخاً على صاحبه شئياً؛ لأن كتابة عبده لا يورث في عبد صاحبه حتى لا يمنع على صاحبه بيع عبده وإذا لم يؤثر في عبد صاحبه لم يصر فاسخاً على صاحبه شئياً، فآما هاهنا كتابة هذا الشاهد أثر في نصيب صاحبه، وقد حصل هذا الثابت بإذن صاحبه، فيصير منقولاً إليه من وجه، فيصير ذلك القدر ثابتا من جهة صاحبه.

وإذ كان لرجل عبد وقد كاتبه فمات المولى وترك ورثة، فأراد بعضهم أن يرد المكاتبة قبل أن يجتمعوا جميعاً، قال: له ذلك.

فرق بين هذا وبين أحد الشريكين في كتابه العبد إذا أراد أن يفسخ الكتابة حالة غيبة صاحبه ليس له ذلك. والفرق أن الكتابة ههنا حصلت من الميت، وكل واحد من الورثة

يقوم مقام الميت فيما يجب له وعليه، كأنه ليس معه غيره، إلا أنه إذا ادعى على الميت شيئاً، فأقام المدعي البينة على واحد من الورثة ثبت دينه في حق الكل كأنه قام على الميت.

وكذلك لو ادعى أحد الورثة ديناً للميت على إنسان وأقام البينة، فإنه يثبت الدين في حق الجميع، فدل أن كل واحد من الورثة يقوم مقام الميت فيما يجب له وعليه، وكأنه ليس معه غيره، وإذا قام مقام الميت صار خصومة الوارث الواحد بمنزلة خصومة الميت، ولو كان الميت حياً وخاصم كان يرد العبد في الرق، فكذلك هذا.

فأما أحد الشريكين لا يقوم مقام صاحبه فيما يجب له وعليه فلم يكن نائباً عن صاحبه في الفسخ، وفسخ الغير عقد الغير لا يصح وهو غائب إذا لم ينزعه نائب في الفسخ.

قال: فلا يرده الوارث إلا بقضاء القاضي؛ لان الميت لو كان حياً وأراد أن يرده في الرق كان لا يرده في الرق إلا بقضاء القاضي في إحدى الرواتيين، فكذلك الوارث.

فإن كان المكاتب هو الميت وترك ولدين، ولداً في المكاتبة لم يستطع المولي أن يرد واحداً منهما في الرق والآخر غائب، وذلك لأن المكاتب لما مات وجب عليهما بدل الكتابة معاً، وتعلق عتق كل واحد منهما بأداء جميع الكتابة، فصاربمنزلة عبدين كاتبهما المولى كتابة واحدة وهناك لا يرد أحدهما في الرق دون الآخر؛ لأن أحدهما لا يتحقق بدون الآخر، فكذا هذا، والله أعلم.

الفصل الخامس
فيما يملكه المكاتب، وما لا يملكه

قال محمد رحمه الله: مكاتب كاتب عبداً له من أكسابه فهو جائز، وهذا استحسان أخذ به علماؤنا رحمهم الله، والقياس أن لا يجوز، وهو قول الشافعي رحمه الله.

القياس: أن الكتابة تعليق العتق بأداء المال في الحال، وإعتاق في الثاني متى أدى، وأي الأمرين ما اعتبرنا لا يملكه المكاتب، فإنه إذا قال لعبده: إذا أَدَّيت إليَّ ألفاً فأنت حر، أو أعتق عبده على مال لا يصح.

وجه الاستحسان: أن المكاتب بالكتابة استفاد حرية اليد للحال، ولهذا صار أحق بمكاتبه وحرية الرقبة في الثاني عند الأداء، فيملك إثباته لغيره، ألا ترىٰ أن العبد المأذون يملك إذن عبده في التجارة، وألا ترىٰ أن الحر يملك إيجاب الحرية لعبده؛ لأن حقيقة الحرية ثابتة له للحال بخلاف العتق على مال لأنه لإيجاب حقيقة العتق للحال، وهو غير ثابت للمكاتب للحال، فلا يملك إثباته لغيره.

وبخلاف ما لو قال لعبده: إن أديت إليَّ ألفاً؛ لأنه تعليق عتق بالشرط مقصوداً، وهذا غير ثابت للمكاتب مقصوداً، وإنما يثبت له ضمناً لثبوت ملك الحجر عن الاكتساب

بالكتابة، فلا يملك إيجابه مقصوداً لغيره لأنه غير ثابت له مقصوداً ويملك إيجابه تبعاً لأنه ثابت له، والإنسان إنما يملك إيجاب الشيء لغيره بقدر ما ثبت له.

ثم إذا أجاز كتابة المكاتب لو أدىٰ المكاتب الثاني مكاتبته عتق لأن الكتابة عندنا صحت من المكاتب وما صحت من المكاتب كان المكاتب فيه.....[1]، فإذا عتق الثاني الثاني بأداء مكاتبته ينظر إن كان الأول مكاتباً حال عتق الثاني فإن الولاء يثبت لمولى المكاتب الأعلى.

وإن كان حراً قالو: لا يثبت للمكاتب الأعلى إنما لمولاه، وهذا لأن المكاتب الأعلى كما صار مكاتباً للثاني فمولاه صار مكاتباً للثاني من وجه؛ لأن لكل واحد منهما حق الملك من كسب المكاتب فالكتابة داخلة تحت كتابة الأول، فتكون حاصلة بإذن المولي فينعدم ما للمولى من حق الملك من كسبه فيصير منقولا إلى المولي فيصير المولى مكاتباً له من وجه، وبقدر ما للمكاتب الأول يصير مكاتباً له إلا أن حق المكاتب في كسبه أرجح من حق المولى؛ لأن له حق ملك وحق التصرف، وللمولى حق الملك وليس له حق التصرف فإذا أمكن إثباته منهما بأن كان الأول من أهل الولاء حال عتق الثاني كان إثبات الولاء منه أولىٰ لرجحان حقه على حق المولى، وإذا لم يكن الأول من أهل الولاء بأن كان مكاتباً أثبتناه من مولاه ثبت الولاء للمولى.

إذا أدىٰ المكاتب الأول بعد ذلك وعتق لا يتحول الولاء إلى المكاتب الأول، وإن عجز الأول ورد في الرق ولم يرد الثاني مكاتبته بعدما بقي الثاني مكاتباً على حاله لأن كتابة القاضي قد صحت من المكاتب وكل تصرف صح من المكاتب لا يبطل بعجز المكاتب.

ونظيره العبد المأذون إذا أذن لعبده في التجارة ثم جحد المولي [١٣٤٠أ/ ١] على الأول يبقى الثاني مأذوناً. وإذا بقي الثاني مكاتباً يصير مملوكاً للمولى على الحقيقة حتى أعتقه بعد عتقه على الحقيقة ولو أن الأول لم يعجز، ولكن مات قبل الأداء ولم يؤد الثاني مكاتبته أيضاً، فهذا على وجهين.

الوجه الأول: إما أن مات الأول وترك أموالاً كثيرةً سوى ما تركه على المكاتب الثاني من بدل الكتابة وبه وفاء ببدل كتابته، وفي هذا الوجه لا تفسخ كتابته على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى، فيؤدي مكاتبته ويحكم بحريته في أجزاء جزء من آخر حياته وما بقي يكون لورثته الأحرار، إن كان له ورثة أحرار، وإن لم يكن يكون لمولاه ويبقى الثاني مكاتباً على حاله يؤدي مكاتبته إلى وارث المكاتب الأول ويعتق.

وإذا أدى وعتق كان ولاءه للمكاتب الأعلى يرثه المذكور من ورثته.

الوجه الثاني: إذا مات الأول، وترك مالاً سوى ما ترك على المكاتب الثاني من بدل الكتابه وأنه لا يخلو إما أن كان مكاتبة الثاني أقل من مكاتبة الأول وفي هذا الوجه

(١) بياض بالأصل.

تنفسخ كتابة الأول فيكون عبداً ويبقى الثاني مكاتباً للمولى، يؤدي إليه مكاتبته ويعتق، وإن كان مكاتبة الثاني مثل مكاتبة الأول أو أكثر منه فلا يخلو إن حلت المكاتبة الثانية وقت موت الأول لا تفسخ كاتبة الأول فيؤدي الثاني إلى المولي قدر مكاتبة الأول فيحكم بحرية الثاني للحال وبحرية الأول في آخر جزء من أجزاء حياته، وما بقي من مكاتبة الثاني يكون لورثة المكاتب الأول الأحرار إن كان ورثة أحرار، ويكون ولاء الثاني للمكاتب الأول لا لمولى المكاتب الأول.

وإن لم تحل المكاتبه على الثاني بعد موت المكاتب الأول إن لم يطلب المولى الفسخ حتى حلت فالجواب فيه كالجواب فيما إذا مات الأول، وقد حل ما على الثاني وقت موته، وإن طلب من القاضي الفسخ فالقاضي يفسخ كأنه الأول لأن المكاتبه حلت على الأول وماله على الثاني مؤجل فيتعين، كما لو حل مكاتبة الأول حال حياته وله على الناس ديون مؤجلة، وهناك إذا طلب المولى من القاضي الفسخ يفسخ. كذا هاهنا.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله في مكاتب كاتب عبداً له ثم مات الأعلى وقد ترك وقال: إنه دين على الناس فلم يخرج الدين حتى أدى الأسفل أي ابن الأعلى، فإنه يعتق وماله للمولى.

فإن أخرج الدين بعد ذلك ونصيب الكتابة لم يحول الأسفل إلى الأعلى، إنما...[1] الولاء والميراث إلى يوم أداء المكاتبة ولو زوج له أب جاز لأنه اكتساب فيملك المكاتب كالكتابة وهو استحسان والقياس أن لا يجوز، ذكر القياس والاستحسان في الأصل، ولو كان وكيلاً يجوز أيضاً لأنه يملك المباشرة بنفسه فيملك التفويض إلى غيره، وإن زوج عبداً له فإنه لا يجوز لأن تزويج العبد ليس بتجارة ولا اكتساب.

قال: وإنما هو إتلاف مال من غير عوض يحصل له فإن رقبه العبد يصير مشغولاً بالمهر والنفقة من غير مال يحصل له ولا يتوقف هذا العقد أيضاً حتى لو عتق المكاتب وأجازه لا ينفذ لأنه لا يجوز له حال وقوعه، ولو وكل المكاتب بذلك رجلاً لا يجوز أيضاً لأنه لا يملك المباشرة بنفسه فلا يملك التفويض إلى غيره، فإن زوجه الوكيل قبل عتق المكاتب ولم يتوقف لم يجز وإن زوجه بعدما عتق المكاتب، فيتوقف على إجازة المكاتب لأن المكاتب يجوزه بعد العتق، فإن قال المكاتب للوكيل بعدما عتق. أجزت وكالتك رضيت بوكالتك جاز ويكون هذا توكيلاً، فالتوكيل ينفقد بلفظة الإجازة، كأن تزوج المكاتب امرأة بنفسه يتوقف على إجازة لمولاه.

وكذلك لو وكل وكيلاً بذلك فزوجه الوكيل يتوقف على إجازة المولى، فإن عتق المكاتب قبل إجازة المولى بعد ذلك النكاح على المكاتب فلا يحتاج إلى إجازته، وإن زوج أمته من عبد له فذلك لا يجوز.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله في غير رواية «الأصول» أنه يجوز. وجه رواية أبي

---

(١) بياض بالأصل.

يوسف رحمه الله أن تزويج الأمة من عبده اكتساب مال من غير ضرر يلحقه فيكون جائزاً كتزويج الأمة.

وإنما قلنا أنه اكتساب مال لأنه اكتساب للولد من غير زيادة ضرر يلحقه وذلك لأن المهر لا يجب على المولى، ونفقتها كان عليه قبل النكاح فليس في هذا النكاح زيادة ضرر لم يكن، وفيه اكتساب مال فيجوز. ووجه ما ذكر في ظاهر الرواية وهو أن الداخل تحت الكتابة تجارة واكتساب مال، وتزويج العبد الأمة ليس تجارة ولا اكتساب مال للحال، إنما يصير اكتساب مال إذا حصل الولد، والولد قد يحصل وقد لا يحصل فليس فيه اكتساب مال للحال، وفيه نوع ضر وذلك لأنه إنما يبيع الأمة فلا يبطل النكاح فيجب على العبد نفقتها وهي أمة الغير، فإن قيل بيعهما جملة حتى لا يلحقه هذا الضرر، قلنا في بيعهما جملة زيادة ضرر يلحقه.

وإذا أذن لعبده في التجارة جاز؛ لأنه لو كاتبه جاز فإن استدان العبد ديناً يلزمه لأن الإذن صح من المكاتب وما صح من المكاتب فالمكاتب في ذلك بمنزلة الحر فإن خالف ما يطلقه العبد بالدين يباع بالدين إلا أن يؤدي عنه المولى؛ لأن ما صح من المكاتب فيه بمنزلة الحر فإن أدى المكاتب دينه حتى لا يباع العبد بدينه إن كان ما أدى مثل قيمته فإنه لا شك إنه يجوز عندهم جميعاً وذلك لأن العبد بعد لحوق الدين صار مستحقاً للغرماء فالمولي بالفداء صار كالمشتري منهم وشراء المكاتب بمثل قيمته جائز بلا خلاف فكذلك هنا.

فأما إن كان ما فدى عن العبد أكثر من قيمته، إن كانت الزيادة على القيمة زيادة يتغابن الناس في مثلها جاز بلا خلاف. كما لو اشترى فأما إذا كانت الزيادة على قيمة العبد بحيث لا يتغابن الناس في مثلها أشار في «الأصل» إلى أنه يجوز، لأنه لم يفصل بين ما إذا كانت الزيادة على القيمة زيادة يتغابن الناس فيها أو لا يتغابن، فمن مشايخنا من قال ما ذكر في الكتاب قولهم جميعاً، وذلك لأن العبد صار كالمرهون بدين الغرماء ولو كان مرهوناً بدين المكاتب ثم إنه امتلك الرهن بقضاء الدين جاز، فإن كان ما أدى أكثر من قيمته فكذلك هذا. ومنهم من قال ما ذكر في «الكتاب» قول أبي حنيفة رحمه الله.

فأما على قولهما لا يجوز لأنه صار كالمشتري لهذا العبد بقضاء الدين ولو اشترىٰ بغبن فاحش كانت المسألة على الاختلاف على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فكذلك هذا بخلاف الرهن لأن الزيادة على القيمة كان واجباً على المكاتب لا يمكنه التخلص عنه إلا بالقضاء.

فأما هاهنا الدين ليس على المكاتب إنما الدين على العبد، ويمكنه التخلص عن الزيادة فيتبع هذا العبد فإذا التزم كان بمعنى الشراء يغبن فاحش لا بمعنى افتكاك الرهن، ولا يجوز هبة المكاتب وصدقته وكفارته؛ لأن هذه التصرفات لم تدخل تحت الكتابة فالحال فيه بعد الكتابة كالحال قبله، وشراؤه وبيعه حياته لأنه تجارة والتجارة داخلة تحت الكتابة، وما دخل تحت الكتابة كان المكاتب في ذلك بمنزلة الحر وإن حابى في ذلك محاباة، إن كانت يسيره بحيث يتعامل الناس في مثله جاز عندهم جميعاً؛ لأن هذا يجوز

من المأذون، فمن المكاتب أولى، وإن كانت بحيث لا يتغابن الناس في مثله فكذلك يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يجوز، والجواب فيه كالجواب في المأذون إذا باع واشترى بغبن فاحش يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يجوز، والمسألة تذكر في المأذون إن شاء الله تعالى.

ولو حط عن الثمن بسبب عيب ادعى عليه كان جائزاً لأن الحط يثبت للعبد تجارة وما كانت تجارة [٣٤١ب/ ١] كانت داخلة تحت الكتابة إلا أن الحط عن بعض الثمن لسبب العيب جائز من المأذون، فمن المكاتب أولى وإن حط عن بعض الثمن من غير عيب لا يجوز لأنه تبرع، ألا ترى أنه لا يجوز من المأذون فكذا من المكاتب.

وكل ما أقر به من دين فهو جائز لأنه من صنع التجار، فإن من اشترى شيئاً ولزمه الثمن لا بد له من الإقرار، ومتى لم يصح إقراره يتحد معه الناس فكان الإقرار من صنيع التجار، وإن لم يكن تجارة حقيقيه فيكون داخلاً تحت الإذن، ألا ترى أن الإقرار بالدين من المأذون صحيح فمن المكاتب أولى، وإن رهن أو أرهن فهو جائز لأن الرهن إبقاء، والارتهان استيفاء، وذلك داخل تحت الكتابة، ألا ترى أن المأذون يملك هذا؟ فالمكاتب أولى.

وإن أجر أو استأجر فهو جائز لأن الإجارة تجارة، لأن التجارة مبادلة مال بمال والمنافع مال، ألا ترى أن الحيوان لا يثبت ديناً في الذمة بدلاً عن المنافع، وليس له أن يقرض لأن القرض تبرع والتبرع غير داخل تحت الكتابة، ولهذا لم يملكه الأب والوصي في مال اليتيم، وإنما جعل تبرعاً وإن يستوجب بدلاً لأن ما أقرض يخرج عن ملكه للحال ببدل يجب في ذمة المفلس، لأن الاستقراض لا يكون إلا من المفاليس وما يجب في ذمة المفاليس كالتأدي من وجه في الغالب وإن استقرض جاز لأنه تبرع عليه على المكاتب جائز ألا ترى أن استقراض المأذون جائز فلأن يجوز من المكاتب أولى، وإذا أعار جاز لأن الإعارة وإن لم تكن تجارة إلا أنه من صنيع التجار لا بد للتجار منه وما لا بد للتجار منه، يكون داخلاً تحت الإذن، ألا ترى أن المأذون يملك ذلك، فالمكاتب أولى وإنما قلنا لا بد للتجار منه لأنه إذا باع شيئاً في طرف رمياً لا يمكنه تسليم ما باع إلا بتسليم الطرف فيصير معتبراً للطرف وكذلك من اشترى منه شيئاً لا بد له من أن يحبس على دكانه أو على فسطاطه ويستعار السحاب فهذا مما لا بد للتجار منه.

وكذلك إذا أهدى هدية بالمطعوم، أو دعا إلى طعام فلا بأس به وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز لأنه تبرع، وللتجار منه في الجملة، ولكن جوز ذلك بالإنسان وهو مأذون أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قبل هدية بغلمان حال موته مكاتباً(١).

وروي أن رسول الله ﷺ قبل هدية بريرة وهي مكاتبة(٢)، وروي أن رسول الله ﷺ

---

(١) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.

(٢) في الحديث أن النبيّ أُتي بلحم، فقيل تُصُدِّق على بريرة، فقال: هو لها صدقة ولنا هدية». أخرجه البخاري في الهبة حديث٢٥٧٧، ٢٥٧٨.

كان يركب الحمار ويجيب دعوة المملوك[١].

وروي عن أبي سعيد مولى . . . . .[٢] الاستدانة قال: عرست وأنا عبد فدعوت رهطاً من أصحاب رسول الله ﷺ ورضي عنهم وفيهم أبو ذر. فلما حضر وقت الصلاة قدموني فصليت بهم فتركنا القياس بالآثار، والآثار إنما ورد من المعطوف فيرد غير المعطوف من الدراهم والثبات إلى ما يقتضيه القياس.

والجواب في المأذون على هذا. وإذا باع بيعاً ما فأقال جاز لأن الإقالة تجارة، ألا ترى أنه يجوز من المأذون فمن المكاتب أولى، وله أن يدفع المال مضاربة لأنه من التجارة ولا استئجار للمضاف ببعض الربح، وله الاستئجار بأخذ المال مضاربة لأنه تجارة، ألا ترى أن المأذون يملك ذلك، ولأنه يؤاجر نفسه بما شرط من الربح، وله أن يؤاجر نفسه ويتصنع لأنه توكيل لغيره بالبيع والشراء، فله ذلك؛ لأنه من التجارة يستصنع، وإن كان إعانة للغير لأنه من صنع التجارة منه فيكون داخلاً تحت الإذن، ألا ترى أن المأذون يملك هذه الأشياء فالمكاتب أولى.

وإن أوصى بوصية فلا يخلو إما أن يوصي بعين من أعيان ماله أو بثلث ماله أضاف الوصية إلى حالة الحرية أو لم يضف، أدى حال حياته فيعتق، أو مات عن وفاء فأدي عنه بعد وفاته.

فإن أوصى بعين من أعيان ماله، فإن الوصية لا تصح على كل حال أضاف الوصية إلى الحرية أو لم يضف، أدى من حال حياته أم أدى عنه بعد وفاته.

وإن أوصى بثلث ماله إن أضاف إلى حال الحرية وأدى حال حياته فعتق جاز عندهم جميعاً، وإن أُدي عنه بعد وفاته فإنه لا يجوز عندهم جميعاً، وإن أوصى بثلث ماله ولم يضفه إلى حالة الحرية، إن مات عن وفاء ثم أديت كتابته فإنه لا يصح عندهم جميعاً، وإن أدى حال حياته، على قول أبي حنيفة رحمه الله لا تصح هذه الوصية، وعلى قولهما تصح هذه الوصية فقد سوى بين الوصية بالعين وبين الوصية بثلث ماله، فيما إذا مات عن وفاء وأديت كتابته بعد الموت فقال: لا تصح الوصية عندهم لأن العتق في حق الوصية لا تستند، وإذا لم تستند صار في حق الوصية كأنه مات عبداً ووصية العبد لا تصح.

وفرق بين الوصية بالعين وبين الوصية بثلث ماله فيما إذا أضافه إلى حريته وأدى في حالة حياته فقال: إذا قال: إن مت وأنا حر فثلث مالي وصية لفلان، ثم أدى وعتق تصح الوصية لأنه أضاف الوصية إلى حال تجوز فيه الوصية فصحت الإضافة، كما إذا قال إن ملكت عبداً وأنا حر فهو حر تصح الإضافة لأنه أضاف العتق إلى حالة يصح منه العتق فتصح الإضافة.

ولو قال: إذا مت وأنا حر فهذه العين وصية لفلان لا تصح الوصية، والفرق أن الوصية بالعين لو صحت مضافة إلى حالة الحرية أدى إلى أن تصير الوصية مضافاً إلى وقت لا تصح إضافة الوصية إليه،

(١) أخرجه ابن ماجه في الزهد حديث ٤١٧٨.

(٢) بياض بالأصل.

بيانه: أن الوصية بالعين إذا صحت إن انعقدت على العين كما عتق ولم يتأخر انعقادها إلى ما بعد الموت، كما لو أنشاء الوصية بعد الحرية، فإنما تنعقد للحال إذا جعلت الوصية بالعين وكان العين ملكه إليه وجبت الوصية حتى تبطل الوصية بهلاك المال.

وإذا لم تكن العين في ملكه وقت الوصية لا تصح الوصية، فكذلك إذا كانت الوصية مضافة إلى حال الحرية تنعقد الوصية كما عتق إذا كانت العين في ملكه، وإذا انعقدت الوصية كما عتق ولم يتأخر انعقادها إلى وقت الموت لم تصح هذه الوصية؛ لأن من شرط صحة الوصية أن ينعقد حالة الوصية أو حالة الموت، فأما إذا صارت مضافة إلى وقت هو بين الموت وبين التكلم بالوصية فإنه لا يصح، كما إذا قال: أوصيتك بهذا العين غداً فإنه لا يصح.

فأما الوصية بثلث المال متى صحت لا تنعقد كما عتق، بل يتأخر الانعقاد إلى حالة الموت، ألا ترى لو أنشأ الوصية بعد الحرية وله أموال، فالوصية لا تتعلق بذلك المال، حتى لا تبطل بهلاك ذلك المال، وإنما تتعلق بمال موجود وقت الموت. وإذا تأخر انعقاد هذه الوصية إلى وقت الموت صحت الوصية، ثم في الموضع الذي لا تجوز وصية المكاتب إذا جاء ورثته ولم يسلم المال قبلهم ....[1] مع عن ذلك فرق بين هذا وبين الحر إذا أوصى بجميع ماله ثم إن الوارث أجاز لم يكن للوارث أن يرجع سلم المال أو لم يسلمه، وهاهنا ما لم يسلموا المال فإن لهم أن يرجعوا. ووجه الفرق بينهما وهو الحر مالك بجميع ما أوصى على الحقيقة حالة الوصية، وإنما للورثة حق غير لا والمالك متى تصرف فيما يملكه على الحقيقة ولم ينعقد بحق الغير إذا أجاز صاحب الحق ينفذ من جهة المالك، كالراهن إذا باع المرهون ثم أجاز المرتهن ينفذ البيع من جهة الراهن فكذلك هاهنا تنفذ الوصية من جهة الموصي. والوصية توجب الملك للموصى له بعد موت الموصي قبل التسليم، فأما المكاتب متى أوصى لم يكن له حقيقة ملك فيما أوصى به، وإنما كان حق الملك وحق الملك لا يكفي لصحة التبرع فصار [٢٤٢/أ/ ١] وجود حق الملك في حق الوصية وعدمه بمنزلة، فكأنه أوصى بمال غيره ثم مات ثم أجاز صاحب المال، وهناك إن أجاز وسلم جاز وكان هبة من جهة، وإن أجاز ولم يسلم كان له ذلك لأن الهبة لا توجب الملك قبل التسليم. فكذلك هنا فإن أجاز وسلم. ذكر محمد بن الحسن رحمه الله في «الكتاب» قياساً واستحساناً، قال: القياس أن لا يصح وفي الاستحسان يصح، وجه القياس في ذلك وهو أن الوصية تبرع حصل من المكاتب مضافاً إلى ما بعد الموت فيعتبر بما لو تبرع بشيء من حاله حال حياته، ولو تبرع بشيء من ماله حال حياته ثم أجاز المولى وسلم قبل العجز فإنه لا يجوز.

فكذا إذا أجاز الوارث بعد وفاته وسلم وجب أن لا يجوز.

---

(١) بياض بالأصل.

وجه الاستحسان في ذلك وهو أن الإجازة من الوارث إجازة حصلت من المالك لأن الوارث ملك كسب المكاتب بعد موته، فكانت إجازة من المالك حصلت بخلاف المولى لأنه لا يملك قبل العجز مالك المكاتب على الحقيقة وأنه له حق الملك وأنه لا يكفي بصحة الإجازة فلم تصح الإجازة من المولى قبل العجز والله أعلم.

الفصل السادس
في كتابة الحر على عبد وكتابة العبد على نفسه وعلى عبد آخر وكتابة المملوك على نفسه وأولاده

قال في «الجامع الصغير» في حر مكاتب عن عبد لرجل على ألف درهم فإن أدى الحر عنه عتق، وإن بلغ العبد فقبل عنه مكاتب،

صورة هذه المسألة: أن يقول حر لمولى العبد: كاتبت عبدك على ألف درهم على أني إن أديت الألف فهو حر. فأجابه المولى إلى ذلك وكاتبه على هذا الوجه فأدى إليه الحر ألف درهم عتق العبد.

وذكر هذه المسألة في «الأصل» وذكر فيها القياس والاستحسان.

القياس أن لا يعتق بأداء الحر، وفي الاستحسان يعتق، وكذلك لو قال عبد لمولاه: كاتبت عبدك الغائب فلاناً على ألف درهم على أني إن أديتها فهو حر فأجابه المولى إلى ذلك، وكانت على هذا ثم إن العبد المخاطب إذا أعطى الألف إلى المولى، القياس أن لا يعتق الغائب. وفي الاستحسان يعتق، والحاصل: أن على جواب القياس الكتابة في حق العبد في المسألة الأولى وفي حق الغائب في المسألة الثانية موقوفة على إجازته في حق جميع الأحكام فيما يجب له بعقد الكتابة وفيما يجب عليه، وعلى جواز الاستحسان الكتابة نافذة فيما يجب له بعقد الكتابة من حرية اليد للحال، ومن حرية الرقبة في الثاني، وهو عبد إذ المخاطب البدل لأنه يقع محض في حق العبد والمولى، والمخاطب يملكان إيقاعه، فأما فيما يجب عليه بعقد الكتابه وهو أداء المال فالكتابة موقوفة على إجازته، حتى لا يجب عليه أداء المال لأنه ضرر في حقه، والمولى والمخاطب لا يملكان الإضرار به إذا ثبت أن الكتابه على جواب الاستحسان نافذة في حق ما للعبد فتقول صحة أداء الفضولي حتى يعتق العبد بأدائه عن العبد فيعتبر الكتابه في حق هذا الحكم نافذة كما لو كان حاضراً وقبل، وإذا اعتبرت من نافذة في هذا الحكم يجب العتق عند الأداء. وذكر في «الجامع الكبير» أن الكتابة موقوفة على إجازة العبد الغائب قياساً واستحساناً قال ثمة: ولكن يعتق العبد بأداء الفضولي لأن في الكتابة شيئان تعليق العتق بالأداء، ومعنى المعاوضة فليس يوقف على الإجازة من حيث أنه معاوضة لم يتوقف من حيث أنه تعليق فتعلق العتق بالأداء فنزل عند الأداء وليس للمولى أن يرجع على العبد بشيء فيما أدى سواء ذكر المولى في الكتابة أنه ضامن أو لم يذكر، إن لم يذكر فلانه متبرع، وإن ذكر

فلأن العبد لم يأمره بذلك وهل يرجع المؤدي على المولى بما أدى إليه؟ ذكر في «الجامع الصغير» وفي «الأصل»: إن كان المؤدي والمخاطب عند الآجر. القياس أن يرجع عليه لأنه بدل عتق وقع عن المولى، وكان للمولى أن يرجع عليه، كما لو قال للمولى: اعتق عبدك عن نفسك على ألف درهم، فأعطاه إياه ثم أعتقه كان له أن يرجع عليه وطريقه ما قلنا.

ولكن في الاستحسان لا يرجع عليه وذلك لأنا جعلنا الكتابة نافذة في حق ما للعبد، وأن يصح أداء هذا الفضولي حتى يعتق بأدائه له لا عليه فتعتبر الكتابة نافذة في حق الفضولي، وإذا اعتبرناها نافذة في حق أداء الفضولي كان الفضولي واجباً بدل كتابه هي واجب عليه في صحة لقضاء من الفضولي فلا يكون له أن يرجع فيما أدى، كما لو كان حاضراً فقبل ثم جاء فضولي وأدى عنه بدل الكتابة، وهناك ما أدى يسلم للمولى وكذلك هذا. وذكر هذه المسألة في «الجامع الكبير» وقال: إن كان المؤدي أداه بناءً على ضمان ضمنه، بأن كان بشرط المؤدي في الكتابة أنه ضامن للمكاتبة يرجع لأن ما أدى إلى المولى من مكاتبة العبد إياه على ضمان فاسد، لأنه ضمن عن بدل الكتابة لم يجب، ولو ضمن عن بدل كتابة واجبة لا يصح، فهاهنا أولى، وإذا لم يكن الضمان صحيحاً كان كالبائع في البيع الفاسد إذا أسلم المبيع إلى المشتري كان له أن يرجع عليه، وإذا رجع المؤدي على المولى لا يرجع المولى على العبد بشيء؛ لأنه لا يجب للمولى على العبد دين ثبتت الكتابة قبل إجازة العبد ولم يوجد من العبد الإجازة فبقي مجاباً بغير شيء، أما إذا أداه من غير ضمان لم يرجع على المولى بشيء، وكان ينبغي أن يرجع لأنه متبرع بأداء المكاتبة عن العبد قبل الإجازة، فينبغي أن يرجع، كما لو تبرع بقضاء دين غيره ثم ظهر أنه لم يكن على المتبرع عليه دين كان للمتبرع أن يرجع بما يتبرع به.

والجواب أن المتبرع إذا حصل مقصوده من التبرع لا يكون له أن يرجع بما يتبرع به كما لو وهب لذي رحم محرماً ووهب الأجنبي فعوضه، وإذا لم يحصل مقصوده من التبرع كان له أن يرجع بما يتبرع به ففي مسألة قضاء الدين مقصود تفريغ ذمة من عليه، وهذا المقصود لم يحصل لأن تفريغ الفارغ محال فكان له أن يرجع، أما في مسألتنا مقصوده تحصيل عتق العبد، وهذا المقصود قد حصل فلا يكون له أن يرجع. هذا لو أدى المؤدي قبل إجازة المكاتب جميع المكاتبة فإن أدى نصف المكاتبة أو ثلثه قبل إجازة العبد كان له أن يرجع بما أدى، سواء كان بضمان أو بغير ضمان، أما إذا أدى بضمان فلما قلنا، وأما إذا أدى بغير ضمان فلأنه متبرع لم يحصل مقصوده وهو العتق فكان له حق الرجوع بما أدى بخلاف ما لو أدى الكل على ما مر فإن لم يرجع على المولى بمال أدى حتى أجاز العبد الكتابة إن أداه بغير ضمان لا يكون له حق الرجوع بخلاف ما قبل الإجازة، والفرق بينها وهو أن العبد لما أجاز فقد استندت الإجازة إلى وقت العقد فظهر أن بدل الكتابة كان على العبد، وإن أدى بغير ضمان ظهر أن المؤدي تبرع تفضلاً على العبد من الدين فمن تبرع بقضاء دين غيره لا يكون له حق الرجوع لحصول المقصود وهو تفريغ ذمته عن

هذا العدد من الدين بخلاف ما قبل الإجازة، وإن تبين أن بدل الكتابة كان واجباً إلا أن الضمان ببدل الكتابة باطل فهو إنما أدى على ضمان فاسد، فكان له حق الرجوع فكانت المكاتبه على العبد على حالها لأن المؤدي لما استرد من المولى انتقض قبض المولى فصار كأن [٣٤٢ب/ ١] المولى لم يقبض منه شيئاً حتى أجاز العبد الكتابة.

ولو كان كذلك كان جمع المكاتبه على العبد على حالها، كذا هاهنا. وإذا كاتب الرجل عبده على نفسه وعلى عبد آخر له غائب بغير إذن الغائب وأدى عتقا أيضاً ولم يرجع واحد منهما على صاحبه إذا أدى شيئاً. كذا ذكر المسألة في «الجامعين» وذكر هذه المسألة في «الأصل» وذكر فيها القياس والاستحسان، فقال: القياس أن تتوقف الكتابة في حق الغائب بما يخصه، وينفذ في حق الحاضر بما يخصه من بدل الكتابه.

وفي الاستحسان تنفذ الكتابة في حق الحاضر بجميع الألف ويتعلق عتق الغائب بأدائه كأن قال للغائب: كاتبتك على ألف درهم على أنك أديت إلى غائب حر وفلان الغائب معك. فيقول: لا بد لمعرفة هذه المسألة من مسألة أخرى لم يذكرها هنا، وهو ما إذا كان العبدان حاضران فكاتبهما المولى على ألف درهم فقبلا، القياس أن يصير كل واحد منهما مكاتباً بحصته يعتق إذا أدى حصته، وبالقياس أخذ زفر رحمه الله، وفي الاستحسان يصير كل واحد منهما مكاتباً بجميع الألف، ويتعلق عتق الآخر بأداءه ويصيران في حق المولى بمنزلة عبدٍ واحد.

وجه القياس في ذلك هو أن الكتابة معاوضه وتعليق إلا أن التعليق بيع المعاوضة، ولهذا بقي قابلاً للفسخ فإذا كان بيعاً كانت العبرة للمعاوضة لا للتعليق، فصار من حيث التدبير كأنه معاوضة في كل وجه، وفي المعاوضة المحضة إنما ينعقد العقد على كل واحد منهما بحصته، لا بجميع الألف، كمن باع عبداً من رجلين فإنه ينعقد البيع في حق كل واحد منهما بحصته حتى لم يكن للبائع أن يطالب أحدهما بجميع الألف إذا لم يكن الشرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه، فكذلك هذا، دليله ما لو نص فقال: كاتبتكما بألف درهم على أن يعتق كل واحد منهما بأداء خمسمئة، وجه الإستحسان في الكتابة شيئان معاوضة وتعليق العتق بأداء العوض، فاعتبار معنى المعاوضة إن كان يوجب الانقسام وتعلق عتق كل واحد منهما بأداء حصته، كما لو نص على التعليق فقال: إن أديتما ألفاً فأنتما حران لا يعتق واحد منهما بأداء حصته وباعتبار كلا الأمرين في حق المولى والعبدين متعدد، فيعتبر معنى التعليق في جانب المولى فلا يثبت الانقسام في حقه وتعتبر المعاوضة في جانبهما ونفيا الانقسام فيما بينهما اعتباراً للمعنيين بقدر الإمكان، وإذا لم يثبت الانقسام في حق المولى اعتباراً لجانب التعليق وتعلق عتق كل واحد منهما بأداء جميع الألف لا بأداء حصته، وصار العبدان حكماً بمنزلة عبد واحد في حق المولى، لما لم يثبت الانقسام في حقه وفي حق ما بينهما مكاتباً في ما بحصته، وإذا لم يثبت الانقسام في هذه المسألة في حق ما بينهما وبين المولى صار الجواب فيه كالجواب فيما إذا قال: على أنكما إن أديتما عتقتما، وإن عجزتما رددتما في الرق.

ولو قال هكذا تعلق عتق كل واحد منهما بجميع الألف وجعلا كعبد واحد في حق المولى، ولو كان العبد واحداً لا يعتق شيئاً منه إلا بأداء جميع المكتابه فكذلك هاهنا، إلا أنه لم يذكر القياس والاستحسان فيما إذا زاد على مطلق الكتابه قوله: على أنكما إن أديتما عتقتما لأن التعليق هاهنا ثبت نصاً، لا بالمعاوضة فكان بمنزلة ما لو قال: إن أديتما إلي ألفاً فأنتما حران، وفي نص التعليق لا يعتق أحدهما بأداء حصته فكذلك هذا.

وأما إذا لم يذكر هذه الزيادة فالتعليق غير ثابت نصاً وإنما الثابث هي المعاوضة والتعليق حصل حكماً للمعاوضة، فكان القياس أن لا يعتبر التعليق ولكنه في الاستحسان اعتبر مقصوداً لأنه يثبت بسبب موضوع له، فإن الكتابة موضوع لإيجاب حرية اليد للحال، ولتعليق حرية الرقبة بأداء ما صار عوضاً.

فإذا عرفنا هذا رجعنا إلى مسألة الحاضر والغائب إذا كاتب عبده الحاضر والغائب على ألف درهم إلى وقت كذا، ولم يزد على هذا فقبل الحاضر، القياس أن ينعقد على الحاضر بحصته وتقف في حق الغائب على إجازته بحصة نصيبه لما ذكرنا. وفي الإستحسان تنعقد الكتابة في حق الحاضر بجميع الألف ويتعلق عتق الغائب بأدائه أما الكتابة في حق الحاضر بجميع الألف فلما ذكرنا أن الانقسام لم يثبت في حق مولاه، وأما تعلق عتق الغائب بأداء الحاضر فلأن الانقسام إذا لم يثبت من الحاضر يثبت العتق في حق المولي، فصارا في حق المولى بمنزلة عبدٍ واحد فعند وجود الاداء من الحاضر ثبت العتق فيهما. يوضح ما قلنا إذ المولى إنما رضي بالعتق بشرط وجود جميع البدل إليه، فلو نفذت الكتابة في حق الحاضر بحصته فبعد ذلك الطريق أحد الشيئين، إما أن يجعل كأن المولى كاتب الحاضر على ألف درهم، وعلق عتق الغائب به، والمولى يتفرد، فهذا التعليق عند وصول بعض البدل إلى المولى فيكون عتق الحاضر حاصلٌ من رضا المولى وذلك لا يجوز فيعذر بتقبل الكتابة في حق الحاضر بحصته، أو يجعل العقد منعقداً في حق الحاضر والغائب بقبول الحاضر في حق الحاضر يجعل العقد منعقداً مطلقاً فيما ينعقد وفيما يضره وفي حق الغائب يجعل العقد منعقداً فيما ينفعه لا فيما يضره على ما مر، وضرر الغائب في حق وجوب المال عليه فلا يظهر انعقاد العقد في حقه، فلا يكون للمولى أن يطالب الغائب بشيء. وإذا أدى الحاضر البدل لا يرجع على الغائب بشيء أما لاضرر الغائب في تعلق عتقه بأداء الحاضر بل له فيه يقع فيظهر انعقاد العقد في حق الغائب في حق هذا الحكم وإذا أدى الحاضر جميع البدل عتقا لهذا فإن مات الغائب لا يرفع عن الحاضر شيء من بدل الكتابة.

ولو أعتق الغائب يسقط عن الحاضر حصته لأن العبدين في حق المولى ولم يثبت الانقسام في حقه كعبدٍ واحدٍ من حيث الحكم.

ولو كان عبداً واحداً حقيقة وقد كاتبه وأعتق بعضه سقط ما بحصته من بدل الكتابة، وإذا مات عن وفاء لا يسقط شيء من بدل الكتابة، فكذلك هذا إذا مات الغائب، فأما إذا مات الحاضر وقد قدم الغائب فقال: لا أدري شيئاً فله ذلك ويكون رقيقاً، أما له ذلك لما

ذكرنا أن الغائب في حقه لا يجب عليه بمنزلة المحلوف بعتقه كأن المولى علق عتقه بأداء الحاضر ألف درهم، ولو قال المولى هكذا فمات الحاضر فإنه لا يطالب بأداء ألف درهم فكذلك هذا. وأما يكون رقيقاً لأنه إذا لم يخبر الغائب على الأداء صار الحاضر مبتاعاً حراً فتنفسخ الكتابة في حقه، وإذا انفسخ في حقه ينفسخ في حق الغائب كما لو كانا حاضرين فقبلا ومات أحدهما ثم عجز الآخر، وإن حضر الغائب ورضي لا يكون للمولى عليه سبيل ولا يلزمه المال لما ذكرنا أن في حق ما عليه بمنزلة المحلوف بعتقه، وإن أدى الغائب المال يجبر المولى على القبول استحساناً، ويحكم بعتقهما كما ذكرنا أن الكتابة نافذة على الغائب فيما له وأن يخبر المولى على قبول المال منه حتى يحكم بعتقهما أمراً له، فلهذا يجبر على القبول، إلا أنه يقبل المال منه حالاً، ولا يمكن من السعاية على نحو الحاضر ولا يثبت الأجل في حقه، وإن كان الأجل له، لأن الأجل لتأخير المطالبة ولا مطالبة على الغائب فلا يثبت الأجل في حقه.

وإن كانا حيين وأراد المولى أن يبيع الغائب فليس له ذلك استحساناً لما ذكرنا أن الكتابة نافذة على الغائب فيما له وأن لا يجوز بيع الغائب [٣٤٣أ/ ١] بفساد الكتابة في حق الغائب في حق حرمة بيعه ولو لم يكن شيء من ذلك، واكتسب الغائب أكساباً، فأراد المولى أخذها لم يكن له ذلك استحساناً، وكذلك لو أراد الحاضر أخذها لم يكن له ذلك استحساناً، لأن على جواب الاستحسان على أحد الوجهين الكتابة نافذة في حق الغائب فيما ينفعه وأن لا يكون لآخر حق مكاتبة الغائب تقع في حق الغائب فتعتبر الكتابة نافذة في حق الغائب في حق هذا الحكم.

ولو قال الغائب: رددت الكتابة ولا أرضى بها ورضي المولى برده لم يلتفت إلى ذلك، لأن على أحد الوجهين الغائب بمنزلة المحلوف بعتقه والحلف لا يقبل الرد.

وإن وهب المولى المكاتبة للحاضر عتقا لأنه لا يملك ما في ذمته بالهبة فيعتبر بما لو ملك ما في ذمته بأداء مثله. وهناك الجواب كما قلنا، فهاهنا كذلك ويجعل الكتابة في حق الغائب في حق هذا الحكم بمنزلة تعليق عتق الغائب، بل جعلنا الكتابة نافذة في حق الغائب في حق هذا الحكم وهو حصول العتق بهبة بدل الكتابة للحاضر وجعل الغائب تبعاً للحاضر فيه.

وإن وهب المولى المكاتبة للغائب فهبته باطلة لأنه لا شيء على الغائب من المكاتبة وكان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين، وذلك لا يجوز وتعينت المكاتبة على الحاضر لأنه ما وهبها منه. وإن أعتق المولى العبد الحاضر عتق وبطل حصته من المكاتبة وأخذ الغائب بحصته من المكاتبة حالة. قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» في أمة كوتبت على نفسها وعلى ابنين لها صغيرين فهو جائز ولهم إذا عتقوا ولم يرجع المولى على صاحبه بشيء، وفي «الأصل» يقول: إذا كاتب الرجل عبداً له على نفسه وولده الصغار بألف درهم مكاتبة واحدة وجعل النجوم واحدة، فإذا أداها عتقوا، وإن عجزوا وردوا في الرق جاز ذلك وتنعقد الكتابة على الأب بما بحصته وتقف في حق الصغيرين إن

كان يعقل الكتابة ما بحصته على إجازته، لأن لها يجبر، وإن كان لا يعقل تبطل لأنه لا يجبر لها وهذا كله قياس، والاستحسان تنعقد الكتابة على الأب بجميع الألف ويتعلق عتق الأولاد بأدائه، كأنه قال للأب: كاتبتك على ألف درهم على أنك إن أديت عتقت وعتق أولادك معك. واعلم بأن الولد الصغير إذا كوتب مع الأب بمنزلة الغائب كوتب مع الحاضرين من كل وجه وبمنزلة الولد المولود في الكتابة من وجه دون وجه.

أما بمنزلة الغائب كوتب مع الحاضرين من كل وجه، وذلك لأن في الغائب مع الحاضر العقد أضيف إلى شخصين بألف درهم وليس للمولى ولا للحاضر ولاية إيجاب المال على الغائب هذا المعنى كله وجد في الوجه الولد الصغير كوتب مع الأب بألف درهم لأن العقد أضيف إلى شخصين بألف درهم، وليس للمولى ولا للأب ولاية إيجاب المال على الصغير، ولما وجد في الولد الصغير جميع معاني الغائب مع الحاضر كان الولد الصغير إذا كوتب مع الأب بألف درهم فقبل عنه الأب بمنزلة الغائب كوتب مع الحاضرين من كل وجه.

وأما بمنزلة ولد المولود في الكتابة من وجه دون وجه وذلك لأن جميع معاني الولد المولود في الكتابة لم توجد في ولد الصغير الذي كوتب مع الأب من كل وجه، وإنما وجد من وجه دون وجه وذلك لأن معنى الولد المولود في الكتابة شيئان: الولادة حالة الكتابة، والتبعية للوالد والوالدة من كل وجه، وفي هذه الصغير الذي كوتب مع الأب لم توجد الولادة حالة الكتابة، ولكن وجدت التبعية حالة العقد، لأن الصغير تابع للأبوين، وإن كانا رقيقين من وجه فإنه يسلم بإسلامهما وبإسلام أحدهما، وكذلك في حق الحضانة والتربية يكون مانعاً لهما، وإن كانا رقيقين فالتبيعة [في] هذا الوجه ثابتة بين الصغير وبين الوالدين حالة العقد فقد وجد في الولد الصغير بعض معاني الولد للمولود في الكتابة من وجه ،ولم يوجد من وجه، وكان بمنزلة الولد المولود من وجه دون وجه وبمنزلة الغائب من كل وجه، والأصل في الشبهين العمل بهما ما أمكن، وإذا تعدد العمل يعمل بالراجح منهما، والراجح من الشبهين أن يعتبر الولد بالغائب لأن معنى الغائب في الولد الصغير ثابت من كل وجه، ومعنى الولد المولود في الكتابة ثابت من وجه دون وجه، والعمل بالثابت من كل وجه أولى من العمل بالثابت من وجه دون وجه.

وإذا أمكن العمل بالشبهين يعمل بها، ولا يصار إلى الترجيح، فإن أدى الأب من المكاتبة قيمة نفسه، أي: إن حصة نفسه من المكاتبة فإنه لا يعتق لما ذكرنا أن الولد الصغير في هذه الصورة بمنزلة الغائب من كل وجه وبمنزلة الولد المولود من وجه، وبأي ذلك اعتبرنا لم يعتق الأب بأداء حصته، فإن عجز الأب ورد في الرق يرد معه ولده، لأن الولد الصغير بمنزلة الغائب من كل وجه وبمنزلة الولد المولود من وجه وبأي ذلك اعتبرنا يصير رقيقاً يرد الأب في الرق كالغائب حقيقة وكالمولود حقيقة فإن الحاضر إذا عجز ورد في الرق تبطل كتابة الغائب وذلك لأن الغائب فيما عليه محلوف بعتقه، وفيما له مكاتب والتعليق يبطل متى رد الحاضر في الرق لفوات شرط العتق في حق الغائب، وإذا فات

التعليق تبطل الكتابة فيما له، لأن القول تبعاً للكتابة فيما له بدون تعليق العتق بالأداء غير ممكن وعتقه لم يبق متعلقاً لا بأدائه ولا بأداء الحاضر بعد فسخ الكتابة على الحاضر.

أما بأداء الحاضر لأن الكتابة قد انفسخت في حقه، وأما بأدائه لأن التعليق بأدائه ما ثبت مقصوداً وإنما ثبت تبعاً على أداء الحاضر وإن أدرك أولاده وقالوا: نحن نسعى في الكتابة قال: لا يلتفت إليهم ولا يجبر المولى على القبول لأنه بمنزلة الغائب من وجه وبمنزلة المولود من وجه وبأيهما اعتبرناه لم يلتفت إلى سعايته بعد فسخ الكتابة على الأصل، فإن مات الأب فالأولاد يسعون في المكاتبة على نجوم أبيهم إن كانوا قادرين على السعاية بخلاف الغائب مع الحاضر، فيؤدي المال حالاً بعد موت الحاضر، ولا يرد في الرق وإنما كان كذلك لما ذكرنا أن الولد الصغير بمنزلة الغائب من كل وجه، وبمنزلة الولد المولود من وجه والعمل بالشبيهين ممكن لأن من حكم الغائب أن يجبر المولى على القبول إذا أتى الغائب ببدل الكتاب حالا بعد موت الحاضر، ومن حكم المولود أن يطلب بما على الأب، ويسعى على نجومه ويجبر المولى على القبول فعملنا بالشبيهين جميعاً، فقلنا:

يجبر المولى على القبول بشبه الغائب، وله مطالبته بنجوم الأب عملاً بشبه الولد المولود في الكتابة من وجه بخلاف الغائب لأنه ليس للغائب شبه الولد المولود في الكتابة بوجه ما، فلا يتوجه عليه المطالبة ببدل الكتابة بعد موت الحاضر، ولا يكون له السعاية على الحاضر.

وهذا لما ذكرنا أن الغائب مكاتب فيما له، محلوف بعتقه فيما عليه، والمطالبة عليه فلا يكون مكاتباً في حق المكاتبة، وبدون وجود المطالبة لا يتصور ثبوت الأجل، فإن كانوا صغاراً لا يقدرون على أن يسعوا ردوا في الرق، لأنهم بمنزلة الغائب من كل وجه وبمنزلة الولد المولود من وجه وبأي ذلك [٣٤٣ب/١] ما اعتبرنا إذ عجز عن السعاية يرد في الرق، فإن كانوا يقدرون على السعاية، فسعى بعضهم في جميع الكتابة، وأداها إلى المولى لا يرجع على إخوته بشيء لما بينّا أنه بمنزلة الغائب من كل وجه، وبمنزلة ولد المولود من وجه.

والغائب إذا أدى لا يرجع على أخيه لأنه لم يؤد عن الأخ شيئاً، إنما أدى عن أبيه ومن قضى ديناً عن إنسان لا يرجع بذلك على غير من قضىٰ عنه، ولا يرجع على الأب أيضاً، حتىٰ إذا ظهر للأب مال، فإنه لا يرجع بما أدى في كسب الأب، وإن كان مضطراً في الأداء؛ لأنه لا يعتق ما لم يؤد؛ لأنه بمنزلة الغائب من كل وجه وبمنزلة الولد المولود في الكتابة من وجه.

وباعتبار الغائب لا يرجع؛ لأن الغائب في حق صاحبه متبرع؛ لأن المال على صاحبه وليس عليه، وفي حق عتق نفسه يؤدي عن نفسه؛ لأن الكتابة في حق ماله نافلة فيجعل مؤدياً عن نفسه متى اعتاد الأداء، فلا يكون له أن يرجع على غيره، وهذا بخلاف ورثة الحر إذا قضىٰ أحدهم دين أبيه كان له أن يرجع في كسب أبيه لأنه أدى من خالص

ماله وهو مضطر في الأداء؛ لأنه لا يصل إلى قبض نصيبه من التركة إلا بالأداء.

فأما هاهنا من وجه بمنزلة الولد المولود في الكتابة، فيكون مؤدياً بهذا الاعتبار من الأب فيكون له الرجوع كما لو كان مولوداً في الكتابة حقيقة وباعتبار أنه غائب لا يكون له الرجوع فلا يكون له الرجوع بالشك.

فإن مات بعضهم لا يرجع بشيءٍ من المكاتبة لما ذكرنا أنه بمنزلة الغائب من كل وجه، وبمنزلة الولد المولود من وجه وبأي ذلك ما اعتبرنا لا يسقط بموته شيء من المكاتبة، وإن كانوا أحياء وقد مات الأب يكون للسيد أن يأخذ أيهم شاء بجميع المكاتبة بخلاف الغائب لما ذكرنا أن الولد بمنزلة الغائب من كل وجه وبمنزلة الولد المولود في الكتابة من وجه وقد أمكننا العمل بشبهين فنقول: لشبهه بالغائب يجبر المولى على القبول متى إحراز الأداء كما في الغائب. ولشبه الولد المولود في الكتابة للسيد أن يطالبه ببدل الكتابة عملاً بالشبهين والله أعلم.

الفصل السابع
في ملك المكاتب ولده أو بعض ذي رحمٍ محرم، أو امرأته وفي المكاتب يموت عن وفاءٍ فيَ الأولاد

المكاتب إذا اشترى ابنه صح شراؤه ويصير مكاتباً بمثل حاله سواء اشتراه بإذن المولى أو بغير إذنه وهذا مذهبنا.

وقال الشافعي رحمه الله: يصح شراؤه ولا يصير مكاتباً.

وكذلك على هذا إذا اشترى والده أو والدته وأما إذا اشترى أخاه أو أخته أو عمه أو ذا رحم محرم منه سوى الوالدين والمولودين، فالقياس: أن يصيروا مثل حاله مكاتبين حتى كان له بيعهم.

كما لو اشترى ابن عمه وهو قول أبي حنيفة رحمه الله.

وجه القياس في ذلك: وهو أنه ملك ذا رحم محرم منه فيصير بمثل حاله كالأب والابن وقياساً على ما لو كان المشتري لهؤلاء حراً فإنهم يصيرون بمثل حاله حراً فكذلك في المكاتب.

وأما أبو حنيفة رحمه الله ذهب في ذلك إلى أن علة صيرورة المملوك بمثل حال المالك شيئان: قرابة محرمية النكاح وحقيقة الملك على ما قال ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر»(١) فقد جعل العلة شيئين القرابة المحرمية للنكاح وحقيقة الملك، وهذه العلة قد وجدت في حق الحر سواء ملك أخاه أو أباه أو ابنه لأن الحر ملك حقيقة وقد

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٣٩٤٩، والترمذي حديث ١٣٦٥، ١٨٦٥، وابن ماجه حديث ٢٥١٤، ٢٥٢٥، وأحمد في المسند ٥/ ٢٠.

وجدت القرابة المحرمية للنكاح وإذا ثبتت علة العتق من الحر في حق هؤلاء يثبت العتق في حقهم.

فأما في المكاتب وجد علة العتق إذا كان المشتري ولداً أو والداً؛ لأنه وجد قرابة محرمية النكاح.

من وجد حقيقة الملك من حيث الحكم والاعتبار إن لم يوجد من حيث الحقيقة؛ لأنه انضم إلى حق الملك الولاد وللولاد زيادة أثر في إيجاب الصلة ليس ذلك بمجرد القرابة المحرمة للنكاح حتى إن الأب يستحق النفقة وإن كان كبيراً ويستحق النفقة اختلف الدين أم اتحد فانضم إلى حق الملك ماله أثر في إيجاب زيادة الصلة فالتحق الحق بالحقيقة، ومن حكم حقيقة الملك أن يعتبر . . . . . .[1] ذا رحم محرم وكذلك هذا إذا كان أخاً، فالقرابة المحرمة للنكاح إن وجدت لم توجد حقيقة الملك لا حقيقة ولا اعتباراً حقيقة فلا إشكال ولا اعتباراً. . . .[1] ماله زيادة أثر في إيجاب الصلات، وهو الولاد حتى يلتحق الحق بالحقيقة فبقي مجرد الحق لا غير مع القرابة المحرمة للنكاح، فالعلة بصيرورة حال المملوك بمثل حال المالك لم تثبت، فلم يثبت الحكم لنقصان العلة.

قال: وإذا اشترىٰ المكاتب امرأته إن لم يكن ولدت منه كان له بيعها؛ لأن الحر إذا اشترىٰ امرأته ولم يكن ولدت منه كان له بيعها، فلأن يكون ذلك للمكاتب أولى، فأما إذا ولدت إن ملكها مع الولد أجمعوا على أنه يمنع من بيعها، فأما إذا ملكها وحدها اختلفوا فيه.

قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يمنع من بيعها، وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله: يمنع من بيعها.

وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف: وكان اشترىٰ امرأة،فدخل بها وولدت ولداً بعد الشراء ثم مات المكاتب عن غير وفاء، فالولد يسعىٰ فيما على أبيه من بدل الكتابة ويسعىٰ في مهر أمه أيضاً، لأنه دين على الأب ووالد المولود في الكتابة يسعىٰ في ديون الأب على ما يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

قال محمد رحمه الله: وإذا مات المكاتب عن وفاء، فعلىٰ قول علمائنا رحمهم الله يؤدي مكاتبته ويحكم بعتقه في أخر جزء من آخر حياته ويعتق معه أولاده ويرثه ورثته الأحرار، وهو قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وقال الشافعي رحمه الله: تنفسخ الكتابة وما تركه يأخذه المولي كله، لأنه كسب عبده، وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه، والمسألة معروفة.

وإذا اشترىٰ المكاتب ابنه حتى تكاتب عليه لما ذكرنا، ثم مات المكاتب وترك وفاءً يؤدى منه بدل الكتابة، ويحكم بحريته في آخر جزء من أجراء حياته ويرثه ابنه؛ لأنه كما يحكم بحرية المكاتب في أخر جزء من آخر حياته يحكم بحرية ولده في ذلك الوقت أيضاً؛ لأن ولد المكاتب يعتق بعتق المكاتب.

---

(١) بياض بالأصل.

ألا ترىٰ أن المكاتب لو أدىٰ بدل الكاتبة في حياته، وحكم بعتقه عتق الولد أيضاً كذا هاهنا.

وإذا اعتق الولد في آخر جزء من آخر حياة المكاتب تبين أن هذا حرٌ مات عن وفاء ابن حر فورثه هذا الذي ذكرنا كله. إذا مات المكاتب وترك وفاءً، فأما إذا مات المكاتب وترك ولداً مولوداً في الكتابة فإنه يسعىٰ على نجوم أبيه، وهذا عند علمائنا رحمهم الله.

فأما إذا مات وترك ولداً مشترى أو أباً أو أماً، فكذلك الجواب على قولهما يسعىٰ كل واحد منهما فيما عليه على نجومه ولداً كان أو والداً، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله إن كان والداً لا يقبل منه بدل الكتابة ولكن يباع كسائر أكسابه، وإن كان ولداً فإنه يقال له إما أن تؤدي بدل الكتابة للحال أو ترد في الرق استحساناً ولا يمكن من السعاية على نجومه.

أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ذهبا في ذلك إلى أن الولد المشتري والد مساوٍ للولد المولود حال حياة المكاتب [حتى من تبعه حال حياة المكاتب كما جزء من بيع الولد المولود][(1)] فكذلك بعد موت مكاتب وجب أن يتساويا بالولد المولود في الكتابة والولد المولود في الكتابة يسعىٰ على نجوم الأب، فكذلك الولد المشتري والد والدة والله أعلم بالصواب [٣٤٤أ/ ١].

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: إن الكتابة في هؤلاء إنما تثبت بسبب التبعية للمكاتب الأصلي لا مقصوداً؛ لأنه لم يوجد فيهم كتابة مقصودة فيثبت فيهم حكم الكتابة بقدر التبعية؛ لأن الحكم أبداً يثبت بقدر ثبوت السبب والتبعية للوالد المولود أكثر من التبعية للولد المشترىٰ وللولد المشترىٰ أكثر من الأب المشترىٰ فيثبت حكم الكتابة للولد المولود أكثر مما يثبت للولد المشترىٰ أكثر مما يثبت للأب وللأم.

وإنما قلنا: بأن التبعية للولد المولود في الكتابة أكثر وذلك أن التبعية للولد المولود في الكتابة ثابت بالملك، وبالبعضية الثابتة حقيقة وقت ثبوت العقد، ووقت ثبوت حكم الكتابة، أما بالملك؛ فلأن الولد المولود في الكتابة كالمملوك للأم حتى كان لها استكتاب الولد كما لو كان مشترىٰ والمملوك تابع للمالك حتى يصير مسافراً بسفره ومقيماً بإقامته والكتابة بالبعضية الثابتة بيهما حقيقة وحكماً، فإن الولد ينفصل من الأم والأم مكاتبة وتبعية الولد المشترىٰ دون تبعية الولد المولود؛ لأن تبعية المشترىٰ ثابتة بالملك وبالبعضية الثابتة بينهما من حيث الحكم والاعتبار لا من حيث الحقيقة، لأن بعد الانفصال لا بعضية بينهما من حيث الحقيقة، وإنما يثبت حكماً تبعاً لسبب حرمة المناكحة، فإنها حكم البعضية، فالتبعية من المشترىٰ ثابت بالملك وبالبعضية الثابتة من حيث الحكم والاعتبار لا من حيث الحقيقة فكانت تبعية المشترىٰ دون تبعية الولد المولود في الكتابة وتبعية الأم والأب دون تبعية الولد المشترىٰ لأب الأم والأب صارا تابعين

(١) ما بين معكوفين كذا بالأصل وفي العبارة تخليط واضح.

لهما لسبب الملك لا لسبب البعضية، فإن الأب ليس ببعض من الابن وكذلك الأم فدل أن تبعية الأم والأب للمكاتب الأصلي دون تبعية الولد المشترىٰ وتبعية الولد المشترىٰ دون الولد المولود في الكتابة ولما كانت تبعية الولد المولود أكثر وحكم الكتابة ثابت لسبب التبعية ثبت فيه جميع أحكام كتابة الأصلي.

فقلنا: بحرمة حال حياته وقبول بدل الكتابة منه على نجوم الأم ولما كان الولد المشترىٰ دونه في التبعية ولكن فوق الأب في التبعية. قلنا: يحرم بيعه حال حياة المكاتب وقبل منه بدل المكاتبة بعد موته حالاً، ولم يمكن من السعاية على نجوم الأم حتى يظهر نقصان حاله عن حال المولود في التبعية، ولما كان الأب دون الولد المشترىٰ في التبعية. قلنا: يحرم بيعه حال حياته ولم تقبل منه بدل الكتابة بعد موته لا حالة ولا مؤجلة ليظهر بنقصان. . . .[1] في التبعية عن الولد المشترك، وعن الولد المولود في الكتابة قد ذكرنا أن الولد المولود في حال الكتابة يدخل في كتابة الوالد تبعاً والأم تدخل في كتابة الوالد تبعاً له، فأما إذا مات المكاتب عن وفاء وأديت مكاتبته وحكم بحرية المكاتب في آخر جزء من أجزاء حياته يحكم [بحرية] الولد والوالدة في ذلك الوقت أيضاً.

وإذا مات لاعن وفاء وسعىٰ إلا ولد والده والوالدة في ذلك الوقت أيضاً.

وأداء الأم في بدل الكتابة على نجوم يحكم بحرية الولد والأم، ويحكم بحرية المكاتب مقصوراً على الحال.

فالحاصل: أن في الوفاء يستند العتق إلى آخر جزء من أجزاء حياة المكاتب وفي سعاية الولد مع الأم وأدائهما لا يستند العتق إلى آخر جزء من أجزاء حياة المكاتب بل يقتصر على وقت الأداء، فإنما جاء الفرق باعتبار، أما إذا مات عن وفاء فقد مات لاعن خلف؛ لأن المال لا يصلح خلفاً عنه، والولد لا يصلح خلفاً حال بقاء المال.

ولهذا لا تبقىٰ النجوم بل تنحل الكتابة فلا يعطىٰ للميت حكم الحياة وقت الأداء. . . .[1] بالضرورة إلى الاستناد، فأما إذا مات لاعن وفاء فقد مات عن خلف؛ لأن الولد يصلح خلفاً عنه حال انعدام المال.

ولهذا بقي البدل منجماً، فأعطىٰ للميت حكم الحياة إلى حين الأداء فعتق للحال تبعاً للحي، ولو أعتق المولي ولدها المولود في الكتابة والمشترىٰ، فإنه ينفذ عتقه استحساناً.

والقياس: أن لا ينفذ، وجه القياس في ذلك أن ولدها بمنزلة عبد من كسبها بدليل أن لها استكتاب ولدها كما لها استكتاب عبد من أكسابها، فوجب أن لا ينفذ عتقه من ولدها كيلا يبطل عليها حق الاستكتاب كما لا ينفذ عتقه في عبد هو من كسبها.

وجه الاستحسان: إن ولدت مملوكاً للمولي رقبة من كل وجه؛ لأنه بعض منها ورقبتها مملوكة للمولي من كل وجه حتى نفذ عتقه في الأم فكذا ولدها يكون فهو كالمولي

(١) بياض بالأصل.

رقبة من كل وجه، إنما لها الانتفاع بالولد من حيث الاستكتاب، وقيام حق الغير في المنفعة لا يمنع بفساد عتق الملك كما في المستأجر.

وهذا بخلاف عبد آخر من كسبها وذلك لأن كسبها غير مملوك للمولي رقبة من كل وجه إنما له حق ملك كما للمكاتب وحق الملك لا يكفي لفساد العتق كما في المكاتب فامتنع العتق في كسبها في المولي لعدم الملك في رقبته حقيقة لا من حيث إن لها الملك في منفعة هذا الكسب فأما هنا للمولي حقيقة ملك رقبة الولد.

ولهذا صار مكاتباً بعقده، فاشترىٰ الأم من هذا الوجه.

ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: في مكاتب ورجل أجنبي اشتركا في شراء ابن المكاتب قال في قولنا: المكاتب يضمن نصف قيمته.

وأما في قول أبي حنيفة رحمه الله: نصفه لشريك المكاتب والنصف الآخر في مال أبيه على حاله، ولا يحرم واحداً منهما.

وإنما هو بمنزلة عبد بين رجلين كاتب أحدهما نصيبه بإذن صاحبه فلا يحرم واحداً منهما، ولكن ما اكتسب من مال يكون بينهما.

وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف رحمه الله: مكاتب ولد له أولاد من أمته ثم مات عن وفاء فلم تؤدَّ مكاتبته حتى مات بعض أولاده من الأمة وترك ميراثاً [فإنه يؤد، إما على المال أنت من تركة فيكون ما بقي ميراثاً فلا يرث الابن الميت بعده منه شيئاً وما تركه الابن الميت، فهو ميراث لأمه. .(١)، وكذلك لو كان الولد معه في عقد الكتابة، ثم مات بعد ابنه ثم أديت المكاتبة لم يرث أباه](٢).

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمهما الله: مكاتب مات وترك ابنا ولد له في الكتابة فترك ألفي درهم ديناً على رجل وبدل الكتابة ألف درهم فاكتسب الابن ألف درهم وأداها في مكاتبة أبيه ثم خرج ابن الأب وله ابن آخر، فإن الألفين ميراثاً بينهما نصفين ولا يرجع الابن الذي أدىٰ المكاتبة في الألفين بما أدىٰ إلا أن المكاتبة عليه يؤخذ بها كما كان يؤخذ الأب به.

وكذلك إن أداها من كسبه بعد خروج الألفين، وإن لم يؤد الابن ذلك من كسبه كان له أن يؤدي من مال الأب، وما اكتسبه بعد موت أبيه يكون له.

وكذلك لو كان المكاتب ترك ألف درهم وصية، وبدل الكتابة ألف درهم عليه وأداها ابنه من مال اكتسبه بعد موت الأب كانت الوصية بينه وبين الأخ ميراثاً.

وفي «المنتقىٰ»: مكاتب مات وترك ديناً على الناس وله ابن مولود في حالة الكتابة يسعىٰ في كتابته، وله ابنان حران أيضاً ثم أحد الابنين [٣٣٤ب/ ١] الحرين أخرج ما للمكاتب على الناس فأديت من ذلك مكاتبته فالفاضل يصير ميراثاً بين الابن الحر وبين الولد المولود في الكتابة ويرث الابن الحر من أخيه الذي مات بعد موت الأب.

وفي «الأصل»: إذا مات المكاتب عن وفاء وعليه ديون لأجنبي ولمولاه سوىٰ بدل

(١) بياض بالأصل.

(٢) ما بين معكوفين كذا العبارة في الأصل.

الكتابة وله وصايا من تدبير وغير ذلك يبدأ من تركته بدين الأجنبي أقوىٰ أجنبي يسعىٰ عليه بعد العجز ثم بدين المولي ثم ببدل الكتابة فإن بقي بعد ذلك شيء يقسم بين ورثته وبطلت وصاياه وقد ذكرنا مسألة الوصية من قبل، فإن لم تف فالباقي بعد قضاء دين الأجنبي وبدين المولي وببدل الكتابة يبدأ ببدل الكتابة ولا يبدأ بالدين لوجهين:

أحدهما: أن في البداية بالدين ابتداء إبطاله انتهاءً؛ لأنه إذا بدأ بالدين والباقي لا يفي ببدل الكتابة بموت عبد أو يبطل دين المولي إذا المولي لا يستوجب على عبده ديناً وليس في البداءة ببدل الكتابة ابتداء إبطاله انتهاء وكانت البداية ببدل الكتابة وأدىٰ.

والثاني: أنه يصل إذا قبض بجهة الدين لا يصل العبد إلى شرف الحرية وإذا قبض بجهة الكتابة إلى شرف الحرية فكان هذا الوجه أولىٰ، وإن لم يترك مالاً إلا ديناً على إنسان فاستسعىٰ الولد المولود في الكتابة فعجز فقد أيس من الدين أن يخرج، فإن الولد يرد في الرق؛ لأن الدين المأيوس كالتاوي فلا يثبت باعتبار القدرة على الأداء وبدونه قد يتحقق العجز، فإذا خرج الدين بعد ذلك. . . .[1] كذلك للمولي؛ لأنه كسب عبده، وإذا مات المكاتب عن وفاء وترك ولداً ولد في كتابته فأديت مكاتبة وردت الولد منه.

وكذلك إذا مات عن وفاء وترك ولداً كوتب معه كتابة واحدة فأديت مكاتبته ورث الولد منه، وإذا كان الولد منفرداً بكتابته وآداء مكاتبته بعد موت الأب قبل أداء مكاتبة الأب أو بعده لا يرثه؛ لأن عتق هذا الولد يقتصر على وقت أدائه فكان عبداً وقت موت الأب فلا يرثه.

وإذا مات الرجل عن مكاتب وله ورثة ذكور وإناث ثم مات المكاتب عن وفاء، فإنه تؤدى من ذلك مكاتبه فيكون ذلك بين جميع ورثة المولي وما فضل منها فهو للذكور من ورثة المولي دون الإناث وإن لم يكن للمكاتب وارث سوىٰ ورثة المولي دون الإناث لأن الفاضل تركة المكاتب وقد صار المولي معتقاً إياه فتكون تركته لورثة المولي بحكم الولاء، والولاء يختص بالعصبات، وكذلك لو لم يمت المكاتب حتى أدىٰ إليهم المكاتبة أو أعتقوه ثم مات فميراثه للذكور من ورثة المولي والله أعلم.

الفصل الثامن
في دعوة المولى ولد أمة المكاتب
وفي دعوته ولد مكاتبة المكاتب

قال محمد رحمه الله: في «الزيادات»: مكاتب اشترىٰ أمة فحبلت في ملكه وولدت فادعىٰ المولي ولدها لا تصح دعوته إلا بتصديق المكاتب، وروي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه تصح دعوته من غير تصديق المكاتب وفاته وعلى دعوة الأب ولد جارية ابنه، فإنه يصح من غير تصديق الابن.

---

(١) بياض بالأصل.

ووجهه: أن للمولي في اكتساب مكاتبته حق الملك وهذا الحق أقوىٰ من حقّ الأب في مال الابن حتى أن المولي لو تزوج بجارية من اكتساب المكاتب لا يجوز والأب إذا تزوج بجارية ابنه يجوز ثم الأب إذا أدعىٰ ولد جارية ابنه تصح دعوته من غير تصديق الابن؛ فلأن تصح دعوة المولى من غير تصديق المكاتب أولىٰ.

وجه ظاهر الرواية، وهو الفرق بين دعوة الأب وبين دعوة المولي أن صحة دعوة الأب ما كانت باعتبار حق الملك، فإنه ليس للأب في مال الابن حق الملك عندنا.

ولهذا لو تزوج بجارية ابنه يجوز وإنما كان باعتبار للأب ولاية تملك مال الابن عند الحاجة، وقد مست الحاجة إلى التملك هاهنا صيانة لمائه فيثبت التملك مقتضىٰ الاستيلاد سابقاً عليه شرطاً لصحته، فتبين أنه استولد ملك نفسه، فلا تتوقف صحة دعوى على تصديق الابن.

أما المولي فليس له تملك شيء من اكتساب المكاتب للحاضر لتصير الجارية ملكاً له مقتضىٰ الاستيلاد فتبين أنه استولد ملك نفسه.

ألا ترىٰ أنه لو أراد أن يأخذ شيئاً من اكتسابه لحاجة المأكول والحلوى لا يقدر عليه فبقيت الجارية مملوكة للمكاتب كما لو كانت صحت دعوته إنما صحت باعتبار ماله فيها من حق الملك، ولا وجه إليه أيضاً لأن حقه لا يظهر لمقابلة حق المكاتب، لأن حق المكاتب راجح؛ لأن له حق الملك وحق التصرف وللمولي حق الملك لا غير فلا يظهر حقه إلا بتصديق المكاتب والله أعلم.

وفرق بين هذه المسألة وبين البائع، فإن دعوته تصح من تصديق أحد.

والفرق: أن دعوته لأقل من ستة أشهر بعد البيع، فإن دعوته، إذا ادعىٰ ولد الجارية المبيعة وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر بعد البيع، فإن دعوته تصح من تصديق أحد.

والفرق: أن دعوة البائع إنما صحت لحصول العلوق في ملكه حتى لو توهم أن العلوق لم يكن في ملكه بأن جاءت به لستة أشهر فصاعداً من وقت البيع لا تصح دعوته على هذا التقدير، يظهر أنها أم ولده، فإنه باع أم الولد، ولم يصح بيعه فبقيت على ملكه فكان مدعياً، ولد جاريته، فلم يحتج إلى تصديق آخر، أما هاهنا العلوق لم يكن في ملك المولي لتصح دعوته بناءً على ذلك؛ لأن موضوع المسألة فيما إذا اشترىٰ المكاتب أمة وحبلت في ملكه حتى لو كان العلوق في ملك المولي بأن كاتب الجارية من كسب العبد قبل الكتابة كاتبه المولي على رقبته واكتسابه، فجاءت في الولد لأقل من ستة أشهر من وقت الكتابة فادعاه المولي صحت دعوته من غير تصديق أحد فيثبت أنه لا يمكن تصحيح دعوته بناء على كون العلوق في ملكه لو صحت دعوته إنما تصح باعتبار ما له فيها من حق الملك لكن حقه بدون تصديق المكاتب على ما مر، بشرط تصديقه لهذا، فأصدقه المكاتب ثبت النسب منه؛ لأن الحق لها لا يعدوهما فإذا تصادقا على ثبات النسب منه يثبت ما تصادقا عليه فيما بينهما بهذا الطريق.

قلنا: إذا ادعىٰ نسب هذا الولد أجنبي وصدق المكاتب الأجنبي على ذلك يثبت

النسب من الأجنبي؛ ولأنه كما صدق المولي في ذلك فقد ثبت الوطء من المولي بتصادقهما، وبعدما ثبت الوطء بتصادقهما تصح الدعوىٰ من المولي ويثبت النسب منه؛ لأنه صار مغروراً لما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وولد المغرور ثابت النسب منه وعن هذا قال بعض أصحابنا رحمهم الله. إذا كان الوطء ظاهراً من المولي جازت دعوته صدقه المكاتب في ذلك أو كذبه وكان الولد حراً بالقيمة يغرم المولى قيمة الولد للمكاتب ويغرم عقرها للمكاتب أيضاً.

فرق بينه وبين الأب إذا ادعىٰ نسب ولد جارية، فإنه لا يغرم قيمته الولد ولا يغرم العقر إلا رواية رواها ابن سماعة أن أخر ما استقر عليه قول أبي يوسف رحمه الله: أن الأب يضمن قيمة الولد ويضمن العقر كما في المكاتب لمعنى جامع وهو الغرور؛ فإن الأب صار مغروراً في هذا الاستيلاد لاعتماده ذلك دليل الملك وهو ظاهر قوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك»[1] كما أن المولي صار مغروراً لاعتماده دليل الملك في المكاتب وهو ملك الرقبة.

وحكم المغرور ما ذكرنا أصله: إذا اشترىٰ جارية واستولدها [٣٤٥أ/ ١] فاستحقت من يده، ووجه الفرق على ظاهر الرواية: وهو أنه ليس للأب في جارية الابن ما يكفي إثبات. . . .[2] من حقيقة الملك أو حق الملك أو وكيل الملك. . . .[2] أي دليل الملك إنما الثابت مجرد تأويل باعتبار ظاهر الإضافة وإنه يكفي لإسقاط الحد، أما لا يكفي لإثبات النسب فلا بد من إثبات الملك في الجارية ليثبت النسب ولا ملك بدون التملك فيثبت التملك مقتضىٰ الاستيلاد سابقاً عليه شرطاً لصحته فتبين أنه وطىء ملك نفسه ففي وطء ملك نفسه فالولد تعلق حر الأصل من غير قيمته ولا يلزمه عقر الجارية فأما المولي، فإنه في جارية المكاتب ما يكفي إثبات النسب وهو حق الملك وقد ظهر ذلك الحق بتصدق المكاتب فلا حاجة إلى إثبات التملك مقتضىٰ الاستيلاد سابقاً عليه بل بقيت الجارية على ملك المكاتب فكان واطئاً ملك المكاتب معتمداً على وجود نسبة الملك ظاناً أنها ملكه، وحكم المغرور ما ذكرنا وتصير الجارية أم ولد للمولي في الحال إلا رواية رواها ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله، بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه، فإنها تصير أم ولد له.

والفرق على ظاهر الرواية ما ذكرنا أن الأب يملك الجارية بمقتضى الاستيلاد سابقاً عليه فتبين أنه استولد ملك نفسه فتصير أم ولد له، ولا كذلك المولي، فإنه لا يملك الجارية بل بقيت على ملك المكاتب فلهذا لا تصير أم ولد له للحال وليس من ضرورة ثبات النسب ثبوت أمية الولد للحال.

ألا ترىٰ أن النسب يثبت في فصل الغرور والشبهة والنكاح ولا يثبت أمية الولد للحال.

قال: ويعتبر قيمة الولد يوم الولادة، فرق بينه وبين ولد المغرور تعتبر القيمة يوم الخصومة.

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.

(٢) بياض بالأصل.

والفرق: وهو أن في مسألتنا لما صدق المكاتب المولي في دعواه الاستيلاد فقد زعم أن الحرية ثبتت من وقت العلوق؛ لأن للمولي حق الملك في اكتساب المكاتب يظهر ذلك عند تصديق المكاتب وحق الملك كحقيقة الملك في دعوىٰ الاستيلاد فصار المولي متلفاً الولد على المكاتب من وقت العلوق ولكن لا يمكن اعتبار قيمته قبل الولادة أو لا قيمة للولد قبل الولادة فتعتبر قيمته في أول أوقات الإمكان، وذلك وقت الولادة؛ لأنه أول وقت يظهر له قيمة، فأما المستحق لم يصدق المشتري في الدعوىٰ فالولد علق رقيقاً في حق المستحق إلا أن الشرع أثبت للمشتري ولاية المنع بالقيمة فكان وقت المنع وقت تعذر السبب، ووقت المنع وقت الخصومة.

وفرق بين مسألتنا هذه وبين مسألة المغرور من وجه آخر، فإن هناك لو علم المشتري بحال البائع أنه غاصب لا يثبت الغرور لزوال سبب الغرور وهو بفساد الشراء بزعمه.

وهاهنا لو علم المولي بحال الجارية أنها لا تحل له يثبت الغرور أيضاً لبقاء سبب الغرور وهو قيام الملك للمولي في رقبة المكاتب هذا الذي ذكرنا إذا جاءت الأمة بالولد لستة أشهر منذ اشتراها المكاتب حتى كان العلوق في ملك المكاتب، فأما إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها المكاتب حتى لم يكن العلوق في ملك المكاتب فادعاه المولي لا تصح دعوته ولا يثبت النسب بدون تصديق المكاتب، وإذا صدقه المكاتب حتى يثبت النسب كان عبداً على حاله.

وكذلك إذا اشترىٰ المكاتب غلاماً في السوق وادعىٰ نسب هذا الغلام لا تصح دعوته إلا بتصديق المكاتب وإذا صدقه وثبت النسب كان عبداً للمكاتب على حاله.

فرق بين هذا وبين الوجه الأول وهو ما إذا كان العلوق في ملك المكاتب ما كان لأجل ثبوت النسب من المولى؛ لأن العتق بالقرابة كالعتق بالإعتاق.

ولو أعتق المولي عبداً من اكتساب مكاتبه لا يعتق فكذا لا يعتق بالقرابة بهذا الطريق قلنا: المكاتب إذا اشترىٰ ابن مولاه وهو معروف النسب منه إنه لا يعتق ولكن حرية الولد باعتبار الغرور، فإنه بنى الاستيلاد على سبب ألحق في الجارية وهو ملك الرقبة في المكاتب وولد المغرور حر بالقيمة أما إذا لم يكن العلوق في ملك المكاتب فالمولي لا يصير مغروراً؛ لأنه ما بنى الاستيلاد على سبب ألحق في الجارية فلهذا لم يعتق الولد.

قال محمد رحمه الله في «الزيادات» أيضاً: رجل اشترىٰ عبداً وكاتبه ثم إن المكاتب كاتب أمة له ثم ولدت المكاتبة ولداً فادعاه مولي المكاتب فالمسألة على وجوه: أما إن كانا صدقاه في ذلك يعني المكاتب والمكاتبة أو كذباه في ذلك أو صدقه أحدهما وكذبه الآخر، وأما إن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ كوتبت أو لأكثر، فإن صدقاه في ذلك أو صدقه المكاتب يثبت النسب منه وإن كذباه في ذلك أو كذبته المكاتبة لا يثبت النسب إنما العبرة في هذا الباب لتصديق المكاتبة لا لتصديق المكاتب دون أمة المكاتب.

والفرق: أن ولد المكاتبة من كسبها وقد صارت هي أخص بنفسها وكسبها وصار

المكاتب كالأجنبي عنها فصارت العبرة لتصديقها فأما أمة المكاتب ما صارت أخص بنفسها ومكاتبتها بل المولي أخص بها فكانت العبرة لتصديق المولي لهذا، فإذا صدقته في ذلك يثبت النسب؛ لأن المولي المكاتب لا يكون أدنىٰ حالاً من الأجنبي.

ولو ادعىٰ أجنبي نسب هذا الولد وصدقته المكاتبة ثبت النسب منه فيها هذا أولىٰ؛ ولأن المكاتبة قادرة على اكتساب سبب يثبت النسب بأن تزوج نفسها منه فيثبت به النسب، وإن كان النكاح فاسداً أو كان تصديقها إياه اكتساب سبب يثبت به النسب وهي قادرة على ذلك فيثبت به النسب فيجب العقر لها إن ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت مكاتبتها، وإن ولدت لأقل من ستة أشهر فالعقر للمكاتب بحصول العلوق في ملكه ثم هذا الولد يكون مكاتباً مع أمه ولا يكون حراً بخلاف ولد أمة المكاتب.

والفرق أن حرية ولد أمة المكاتب إنما كانت أصل الغرور ولا غرور هاهنا؛ وهذا لأن رقبة المكاتب وإن كانت مملوكة للمولي في الفصلين إلا أن ملك الرقبة إنما يكون سبباً لملك الكسب إذا كان اكتسب محلاً للملك والأمة محل للملك، فإذا صح النسب في محله وامتنع الحكم لمانع ثبت الغرور، فأما المكاتبة فليس بمحل للملك فبطل النسب هاهنا لوقوعه في غير محله فلا يثبت الغرور ولو ثبت الغرور هاهنا، إلا أنه لا يمكن القول بحرية الولد هاهنا. بخلاف ولد أمة المكاتب.

بيانه: وهو أن حرية ولد المغرور يثبت بالقيمة بإجماع الصحابة وبعد إيجاب القيمة هاهنا؛ لأنها لو وجبت إما أن تجب للمكاتب أو للمكاتبة ولا وجه إلى الأول؛ لأن المكاتب صار كالأجنبي عن اكتساب مكاتبته وولدها من كسبها.

ألا ترىٰ أنه لو قتل هذا الولد فالقاتل يصرف القيمة للمكاتبة لا للمكاتب، ولا وجه إلى الثاني؛ لأنه لو وجبت القيمة بها وجبت لأجل العتق فيجب بها ضمان العتق في أولادها والمكاتب لا يجب له ضمان العتق في أولادها؛ لأن المكاتب بعقد الكتابة يسعىٰ لتحصل الحرية لنفسها وولدها فبتحصل الحرية لولدها تحصل مقصودها فكيف [٣٤٥ب/١] يستوجب القيمة لأجلها بخلاف ولد أمة المكاتب؛ لأن هناك لو أوجبنا القيمة للمكاتب لعتق ولد أمته والمكاتب لا يسعىٰ ليحصل العتق لولد أمته.

فإن قيل: لا بل إيجاب القيمة للمكاتب ممكن مع تحصيل مقصودها في حرية الولد. ألا ترىٰ أن المكاتبة إذا غرت رجلاً فزوجت نفسها منه على أنها حرة فولدت ولداً كان الولد حراً بالقيمة فكانت القيمة بها.

قلنا: هناك ليس في حرية الولد تحصل مقصودها؛ لأن قصدها أن تعتق هي وولدها على وجه تصير هي وولدها مولي لمولاها وهناك إذا وجبت القيمة وحكم بحرية الولد يحكم بحريته في الأصل من غير ولاء فلا يكون الولد مولي لمولاها، فلا يكون فيه تحصيل مقصودها فيمكن إيجاب القيمة لها.

فإن قيل: هذا المعنى ليس بصحيح، فإنا إذا أوجبنا القيمة في مسألتنا وحكمنا بحرية الولد حكمنا بحريته من الأصل من غير ولاء فلا يكون فيه تحصيل مقصودها أيضاً.

قلنا: لا بل هو صحيح؛ لأن مولاها هاهنا المكاتب والمكاتب ليس من أهل الولاء فلم تكن هي قاصدة أن يكون ولدها مولي لمولاها بل تقصد عتق الولد لا غير، وإنه حاصل فقد حصل مقصودها فيتعذر إيجاب القيمة بخلاف تلك المسألة؛ لأن هناك مولي المكاتبة من أهل الولاء فكانت قاصدة عتق ولدها على وجه تصير هي وولدها مولى لمولاها وهذا المقصود هناك مما لا يحصل.

أما هاهنا فبخلافه، إذا ثبت أن الولد يكون مكاتباً مع الأم فالمسألة بعد ذلك على وجهين: إن أدت الأم بدل الكتابة عتقت وعتق الولد بعتقها تبعاً لها، وإذا عجزت وردت في الرق أخذ المولي ابنه بالقيمة؛ لأنها لما عجزت صارت أمة للمكاتب ودعوىٰ المولي قائمة فيكون مدعياً ولد أمة المكاتب والمكاتب من أهل أن يستحق فيه ولد أمته فتجب القيمة وتثبت الحرية لما مر.

غير أن هاهنا لا يحتاج إلى تصديق المكاتب وإن ثبت الحق له لوجود التصديق يوم الدعوة ضمن إليه التصديق وتعتبر قيمة الولد هاهنا يوم عجز المكاتبة؛ لأن قيمة الولد إنما تجب بمنع الولد واستهلاكه وذلك بثبوت الحرية في الولد في وقت عجز المكاتب فيعتبر قيمته يوم عجز المكاتبة.

لهذا قال: ولو كذبته المكاتبة وصدقه المكاتب لا يثبت النسب لما بينا أن العبرة في هذا الباب لتصديق المكاتبة ولم توجد ويكون الولد مكاتباً مع أمه إن أدت بدل الكتابة عتقا، وإن عجزت وردت في الرق صارت أمة للمكاتب وقد وجد التصديق من المكاتبة وظهر أن ولاية التصديق والتكذيب له لانفساخ الكتابة من الأصل وكان الولد حراً بالقيمة؛ لأنه لما انفسخت الكتابة من الأصل ظهر تأويل الملك للمولى في إيجاب به وقت العلوق فصار أنه مغروراً غير أنه إن ولدت لأقل من ستة أشهر منذ كوتب تعتبر قيمة الولد يوم الولادة وإن جاز له سابقاً على حق المكاتبة لأن حقها يثبت بالكتابة والعلوق كان قبل الكتابة فبعد ثبوت النسب يصير المولي مستهلك الولد على المكاتب من ذلك الوقت لا أنه لا يمكنه اعتبار قمية الولد حال كونه جنيناً فاعتبرناه في أول أوقات الإمكان وهو بعد الولادة.

فأما في الوجه الثاني: حصل العلوق بعد ثبوت حق المكاتبة وبعدما صار المكاتب كالأجنبي عنها فلم يصر المولي مستهلكاً الولد على المكاتب من ذلك الوقت أو لا حق للمكاتب في ذلك الوقت وإنما يصير مستهلكاً عليه وقت ثبوت حقه، وهو وقت العجز فاعتبر قيمته يوم العجز بهذا وضح الفرق: أن في الوجه الأول لما كان العلوق سابقاً على حق المكاتب كان العلوق في زمان المكاتب غير محجور عن التصرف معها فبعد زوال حق المكاتبة بالعجز يمكن إسناد التصديق إلى وقت العلوق فيثبت النسب وتثبت الحرية من وقت العلوق فصار مستهلكاً الولد من ذلك الوقت.

أما في الوجه الثاني لما كان العلوق بعد ثبوت حق المكاتبة كان العلوق في زمان المكاتب محجوراً من التصرف فيها فلا يمكن إسناد التصديق إلى ذلك الوقت بل بقي

مقصوراً على وقت ثبوت حق المكاتب وهو وقت العجز فاعتبرت يوم العجز بهذا، هذا إذا صدق أحدهما دون الآخر وإن كذباه لا يثبت نسب الولد؛ لأن في تكذيبهما تكذيب المكاتبة وزيادة وقد ذكرنا أن المكاتبة لو كذبته بانفرادها لا يثبت النسب منه فهاهنا أولىٰ ويكون الولد مع الأم مكاتبين للمكاتب إن أدت بدل الكتابة عتقا، وإن عجزت صارا للمكاتب ولا يثبت النسب؛ لأنها لما عجزت صارا مملوكين للمكاتب فكان المولي مدعياً ولد أمة المكاتب، فلا يثبت النسب إلا بتصديق المكاتب ولم يوجد هاهنا تصديق من المكاتب أصلاً.

وأما إذا صدقاه جميعاً يثبت النسب من المولي؛ لأن في تصديقها إياه تصديق المكاتبة وزيادة، ولو صدقة المكاتب بانفرادها قد ذكرنا أنه يثبت النسب منه فهاهنا أولىٰ بعد هذا ينظر إن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ كاتبها المكاتب حتى كان العلوق في ملك المكاتب كان الولد حراً بالقيمة؛ لأنهم تصادقوا على أن الولد علق حراً بحكم الغرور وتكون قيمة الولد للمكاتب لوجوبها بسبب كان قبل الكتابة الثانية ويعتبر قيمته يوم الولادة لما قلنا: قبل هذا.

وإن جاءت لستة أشهر منذ كاتبها المكاتب فالولد مكاتب معها لما مر أنه لا يمكن إثبات الحرية في ولد مكاتبة المكاتبة ما دامت مكاتبة لم تعجز بعد، فإن عجزت حينئذٍ يأخذ المولي الولد بالقيمة وتعتبر القيمة يوم العجز على ما مر.

قال في «الزيادات» أيضاً: المكاتب إذا كاتب أمته ثم أدىٰ المكاتب بدل الكتابة وعتق ثم ولدت المكاتبة ولداً فادعاه المولي، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت العتق أو لأكثر من ستة أشهر منذ كوتبت فهذا، وما لو ولدت قبل عتق المكاتب سواء؛ لأنا تيقنا أن العلوق حصل قبل عتق المكاتب، والعبرة لحالة العلوق فصار هذا وما لو ولدت قبل عتق المكاتب سواء، وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت العلوق فادعاه المولي، ينظر إن زعم المولي أنه وطئها بعد العتق فصدقاه أو صدقه أحدهما لا يثبت نسب الولد من المولي أصلاً؛ لأنه استولدها وليس لها فيه حق الملك ولا تأويل الملك؛ إذ ليس للإنسان في مكاتبة معتقه حق الملك ولا تأويل الملك وكان هذا الولد حاصلاً منه، وبالزنا لا يثبت النسب، وإن زعم المولي أنه تزوجها بعد عتق المكاتب فولدت منه على فراشه، فإن صدقاه جميعاً أو صدقته المكاتبة وكذبه المكاتب يثبت النسب، أما إذا صدقاه جميعاً؛ فلأنهما يملكان إثبات الفراش عليها فكان تصديقهما إياه بمنزلة اكتساب سبب الفراش. . .[1] عليه فيثبت به النسب، أما إذا صدقته المكاتبة فإنها تملك إثبات الفراش على نفسها بأن تزوج نفسها فيثبت به النسب وإن كان فاسداً فصار تصديقها بمنزلة اكتساب سبب الفراش وهي قادرة عليه فيثبت به النسب ولا يعتق الولد؛ لأنه استولد مكاتبة معتقه بحكم النكاح ومن استولد مكاتبة معتقه بحكم النكاح لا يعتق الولد بل يكون

(١) بياض بالأصل.

مكاتباً تبعاً للأم، فإن أدت بدل الكتابة عتقت وعتق ولدها معها، وإن عجزت كانت [٣٤٦أ/١] أمة للمكاتب وولدها عبد المكاتب لا يأخذه المولي بالقيمة كما لو كان النكاح ظاهراً وعجزت المكاتبة، وإن كذبته المكاتبة وصدقه المكاتب لا يثبت النسب؛ لأنه لا يملك إثبات الفراش عليها أصلاً فلا يعتبر تصديقه، وإن عجزت المكاتبة بعد ذلك وردت في الدين صارت أمة للمكاتب المعتق فينفذ إقراره عليها بالنكاح، لأنه يملك النكاح عليها ويثبت النسب ولكن لا يعتق الولد كما لو كان النكاح ظاهراً.

وإن زعم المولي أن هذا الولد ابنه بوطءٍ كان منه قبل عتق المكاتب، فإن صدقاه جميعاً يثبت النسب من المولي فيكون مكاتباً مع أمه؛ لأنهم تصادقوا أن العلوق كان، والمكاتب مكاتب على حاله فالدعوى حصلت في ولد مكاتبة المكاتب واتصل بها التصديق من المكاتب ففي ادعاء ولد مكاتبة المكاتب يثبت النسب فكان الولد مكاتباً مع أمه كذا هاهنا، فإن عجزت بعد ذلك وردت في الرق أخذ المولي الولد بقيمته يوم عجزت؛ لأنها لما عجزت وردت في الرق انفسخت الكتابة من الأصل، وتبين أن الدعوىٰ من ولد أمة المكاتب وقد اتصل بها التصديق من المكاتب وإن صدقه المكاتب ثبت النسب؛ لأن الحق في التصديق لها وقد وجد والولد رقيقاً لما مر.

فإن عجزت وردت في الرق كان الولد مع أمه مملوكين للمكاتب؛ لأن المكاتب ذكر كون العلوق سابقاً على عتقه فيكون منكراً كون المولي مغروراً أو بعد العجز صار الملك له في الجارية والولد، فكانت الجارية المكاتبة بتصديق المولي فيما ادعاه مريدة إبطال ملك استحقه المكاتب في الولد وهي لا تملك ذلك وإن كذبته المكاتبة وصدقه المكاتب ثبت النسب لما مر.

فإن عجزت المكاتبة وردت في الرق أخذ المولي الولد بالقيمة لأن المكاتب مصدق في حق نفسه وبعد العجز خلص الحق له فيعمل تصديقه فيأخذ المولى الولد بالقيمة وتعتبر قيمته يوم العجز لما مر.

قال محمد رحمه الله في «الزيادات» أيضاً: مكاتب كاتب أمة له ثم اشترت المكاتبة أمة فولدت الأمة ولداً ثم ادعىٰ مولي المكاتب الولد لا يثبت النسب بدون التصديق والمعتبر تصديق المكاتب؛ لأن للجارية مع ولدها اكتساب المكاتبة ولقد صارت هي أحق بنفسها واكتسابها فكانت العبرة لتصديقها، فإذا صدقته في ذلك ثبت النسب منه لما ذكرنا ولا يعتق الولد؛ لأن ولد أمة المكاتبة أبعد عن المولي من ولد المكاتبة ثم الحرية لا تثبت في ولدها قبل العجز على ما مر.

ففي ولد أمتها أولىٰ، وإذا لم يعتق الولد كان عبداً للمكاتبة ولا يكون مكاتباً بخلاف ولد المكاتبة.

والفرق: أن ولد المكاتبة إنما كان مكاتباً بسراية كتابتها إلى الولد وكتابتها لا تسري إلى ولد الأمة، فإن عجزت المكاتبة بعد ذلك صارت هي وأمتها مملوكتين فصار المولي مدعياً ولد أمته المكاتب.

فإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر منذ اشتراها المكاتب أخذ المولي بالقيمة، لأن بالعجز انفسخت الكتابة من الأصل فصار العلوق في التقدير في أمة المكاتبة فكان المولي مدعياً ولد أمة المكاتب، وقد صح تصديقها قبل العجز وصار كتصديق المكاتب بعد العجز.

وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ أشتراها المكاتبة فالولد لا يكون حراً؛ لأن العلوق ما كان في ملك المكاتب متعين فانعدم الغرور فلو أن المكاتب لم يعجز حتى أدىٰ المكاتبة بدل الكتابة وعتق ثم عجزت المكاتبة وردت في الرق أو مات المكاتب عن وفاء ثم عجزت المكاتبة. فالجواب ما ذكرنا فيما إذا لم تعتق أنها إن جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر منذ ملكها المكاتب عتق الولد وما لا فلا لما ذكرنا أن الاعتبار للعلوق حالة قيام تأويل الملك ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن عجز المكاتب أو مات عاجزاً فقد صار عبداً قناً للمولي وصارت المكاتبة للمولي مكاتبة للمولي وتبين أن المولى ادعىٰ ولد مكاتبته وصدقته المكاتبة وقد مر الكلام فيه والله أعلم.

الفصل التاسع
في دعوىٰ المكاتب الولد

قال محمد رحمه الله في «الزيادات»: مكاتبان بينهما جارية جاءت بولد فادعياه ثبت نسبه منهما، أما ثبوت النسب؛ فلأن للمكاتب في كسبه حق الملك، وإنه يكفي لإثبات النسب كحقيقة الملك، وأما ثبوته منهما لتساويهما في سبب استحقاق النسب ويصير الولد مكاتباً معهما داخلاً في كتابتهما؛ لأنه ولد في حالة الكتابة والولد المولود في حالة الكتابة يكون مكاتباً تبعاً وتصير الجارية بمنزلة أم الولد وليس معناه أنها تستحق الحرية كأم ولد الحر؛ لأن للمكاتب لا يملك إيجاب حق الحرية في أكسابه ولكن معناه أنه يمتنع بيعها كما يمتنع بيع أم الولد الحر، وهذا لأن حق الأم في الاستيلاد تبع لحق الولد وقد تثبت حرمة البيع في حق الولد وسرى ذلك إلى الأم.

فإن أدىٰ أحدهما بدل الكتابة عتق لوجود شرط العتق في حقه وهو الأداء وعتق نصيبه من الولد تبعاً له؛ لأنه داخل في كتابته وبقي نصيب الآخر مكاتباً مع الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن عند أبي حنيفة رحمه الله الإعتاق متجزىء ولا ضمان في الولد، أما على المكاتب المعتق؛ لأن العتق عند الأداء يقع من جهة المولي لا من جهة المكاتب، وبهذا كان الولاء للمولي، فلا يمكن إيجاب الضمان على المكاتب بسبب عتق يثبت من جهة المولي، وأما على المولي؛ لأن العتق من جهة المولي عند الأداء يثبت بإعتاق حكمي والضمان لا يجب بإعتاق حكمي. كما لو ورث ورثته ولو وجد من المولي بالإعتاق الحقيقي بأن أعتق ولد المكاتب حقيقة لا يجب الضمان أيضاً؛ لأنه لو وجب وجب للمكاتب وتعذر إيجابه للمكاتب، لأن المكاتب بعقد الكتابة يبتغي حرية الولد؛

لأنه عقد الكتابة كما يعقد الحرية المكاتب يقصد الحرية ولده فكيف يجب الضمان على المولي للمكاتب بما المكاتبة.

وأما على الولد فلهذه العلة وأما الجارية فنصيب الذي عتق منها أم ولده للذي عتق بمنزلة أم ولد الحر؛ لأنه تحقق ملكه فيها فتحققت أميه الولد في نصيبه منها ونصيب الأخر بقي على حاله بمنزلة أم ولد المكاتب عند أبي حنيفة رحمه الله، وكان ينبغي أن تصير الجارية كلها أم ولد للذي عتق بمنزلة ولد الحر؛ لأن الأصل في الاستيلاد التكميل.

والجواب هكذا إذا كان المحل فائدة للنقل من ملك إلى ملك أما إذا لم يكن فلا ألا ترىٰ أن المدبرة إذا كانت بين اثنين استولدها أحدهما، فإنه لا يتكامل الاستيلاد بالإجماع، والمكاتبة إذا كانت بين اثنين استولدها أحدهما لا يتكامل الاستيلاد عند أبي حنيفة رحمه الله.

إذا ثبت هذا فنقول بأن نصيب الآخر ليس بقابل للنقل من ملك إلى ملك. ألا ترىٰ أنه امتنع بيعه فامتنع القول بتكميل الاستيلاد لهذه الضرورة ولا ضمان على الذي عتق في نصيب صاحبه من الجارية عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لم يتعين نصيب صاحبه ولم يتملكه المعتق هذا كله قياس قول أبي حنيفة رحمه الله.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا أدىٰ أحدهما حتى عتق نصيبه من الولد عتق الباقي من الولد أيضاً؛ لأن الإعتاق لا يتجزىء عندهما ولا ضمان ولا سعاية عليه لما مر وصارت الجارية كلها أم ولد للذي عتق؛ لأن امتناع النقل في نصيب صاحبه من الجارية إنما كان تبعاً لامتناع النقل من الولد وامتناع النقل في الولد إنما كان لأجل الكتابة، فإن الولد المولود في حالة الكتابة مكاتب [٣٤٦ب/ ١] فصار امتناع النقل في نصيب صاحبه من الجارية بهذا الوسط مضافاً إلى الكاتبة فكان نصيب الشريك من الجارية مكاتب وقيام الكتابة في نصيب الشريك لا يمنع تكامل الاستيلاد عندهما؛ لأن الكتابة في نصيب الشريك قابلة للفسخ وما يقولان يتكامل الاستيلاد فيما يقبل الفسخ فانفسخت الكتابة في نصيب صاحبه ويثبت تكامل الاستيلاد وعليه قيمة نصيب صاحبه موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان التمليك ولا يختلف باليسار والعسار ولو أنه حين أدىٰ أحدهما عجز الآخر بعد ذلك.

فعلىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله: عتق نصيب المؤدىٰ من الولد وصار نصيب الآخر عبداً تبعاً له لما مر. وصارت الجارية كلها أم ولد للمولي لزوال المانع من تكميل الاستيلاد وضمن المؤدي نصف قيمة الجارية لمولى العاجز موسراً كان أو معسراً لأنه يملك نصيبه بالاستيلاد ولا ضمان عليه في الولد لما ذكرنا أن العتق ما ثبت من جهته ولكن سعىٰ الولد في نصف قيمته لمولي العاجز؛ لأنه إلى الأيام بها كان لا يسعىٰ؛ لأنه لو سعىٰ سعىٰ لابنه فتعذر إيجاب السعاية للأب لما مر.

أما هاهنا لوسعى سعىٰ لمولي الأب ومولي الأب يستحق السعاية عليه وقد احتبس

عنده ملكه لأن بانفساخ كتابة الأب انفسخت الكتابة في حقه تبعاً فكان هذا النصف حق المولي بعد العجز وقد احتبس عند الولد حكماً يعتق نصيب المؤدي وتضمين المؤدي متعذر فتجب السعاية على الولد رعاية لحق المولي وصيانة لملكه.

فرق بين هذا وبينما لو كانت جارية بين رجلين حرين فولدت ولداً فادعاه أحدهما صارت الجارية كلها أم ولد له وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه ولم يسع الولد في شيء لشريكه وإن كان معسراً.

والفرق: أن الدعوى في المسألتين دعوىٰ استيلاد ودعوى الاستيلاد تستند إلى وقت العلوق وأمكن إسنادها إلى وقت العلوق في تلك المسألة؛ لأنه ليس في إسنادها إبطال لسبب أو عقد فصار ناقلاً لها إلى ملكه فصار مستولداً جارية نفسه ومن استولد جارية نفسه كان ولده حر الأصل حر العلوق ولم يكن عليه سعاية أما في مسألتنا بعد إسنادها إلى وقت العلوق؛ لأن في إسنادها إبطال النسب من العاجز ولا سبيل إلى إبطال النسب بعد ثبوته ودعوى الاستيلاد إذا لم تستند إلى وقت العلوق صارت دعوة تحرير فصار الولد كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما وهو معسر فكان عليه أن يسعىٰ.

هذا كما لو اشترىٰ رجلان جارية ومعها ولدها فادعىٰ أحدهما ذلك الولد وهو معسر ثبت النسب منه وصارت الجارية أم ولد وكان على الولد أن يسعىٰ في نصف قيمته للساكت؛ لأن دعوته لم تستند إلى وقت العلوق لأن في إسنادها إبطال البيع فصارت دعوة تحرير فصار كعبدين اثنين أعتقه أحدهما وهو معسر، وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: فالجواب ما ذكرنا قبل عجز الآخر إلا أن هنا الولد يسعىٰ في نصف قيمته لمولي العاجز بخلاف ما قبل العجز. والفرق: ما قلنا لأبي حنيفة رحمه الله.

ولو لم يعجز الآخر بعد ما أدىٰ أحدهما ولكن أدىٰ وعتق لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في «الكتاب».

والجواب: أن على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله: عتق الولد على المكاتبين لأن عنده الإعتاق متجزىء فحين أدىٰ أحدهما أولاً عتق عليه نصيبه من الولد لا غير، فإذا أدىٰ الآخر بعد ذلك عتق عليه نصيبه أيضاً وكانت الجارية أم ولد لهما.

وعلى قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: حين أدىٰ أحدهما عتق كل الولد عليه لعدم تجزؤ الإعتاق، ومن غير ضمان ولا سعاية فصارت الجارية كلها أم ولد له فلا يتغير هذا الحكم بعتق الآخر ولو لم يرد واحد منهما شيئاً حتى عتق أحدهما، فإن الولد مكاتب مع الذي لم يعجز عندهما وهو ابنهما كما كان أما هو ابنهما، لأن النسب بعد ثبوته لا يقبل التحويل من موضع إلى موضع فبقي ثابتاً كما كان، وأما هو مكاتب مع الذي لم يعجز؛ لأنه لما عجز أحدهما انفسخت الكتابة في حقه فانفسخت في نصيبه من الولد ونصيب المكاتب من الولد مكاتب والكتابة عندهما غير متجزئة فيصير جميع الولد مكاتباً مع الذي لم يعجز ويضمن المكاتب الذي لم يعجز موسراً كان أو معسراً نصف قيمة الولد للمولي المكاتب الذي عجز؛ لأنه لما صار الولد كله مكاتباً مع الذي لم يعجز صار

مستهلكاً نصيب الآخر وضمان التمليك لا يختلف باليسار والعسار ولم يذكر حكم الأم في هذا الفصل وينبغي على قياس قولهما: أن تصير أم ولد للذي لم يعجز أو لا مانع من تكميل الاستيلاد.

وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله: ينبغي أن يكون نصف الولد مكاتباً مع الذي لم يعجز ونصفه يكون رقيقاً لمولى الذي عجز، لأن الكتابة عنده متجزئة.

وأما الجارية فمن مشايخنا رحمهم الله من قال: على قياس قول أبي حنيفة: تصير الجارية كلها أم ولد للذي لم يعجز لزوال المانع من تكميل الاستيلاد على ما مر، وذكر علي الرازي في «مسائله» الكرخي: أن على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله: يجب أن يكون نصفها أم ولد للمكاتب ونصفها يكون رقيقاً لمولي الذي عجز؛ لأن الأم تابعة للولد في مثل هذا فالولد نصفه مكاتب ونصفه رقيق لمولي الذي عجز فكذا الأم، ولو لم يرد واحد منهما ولم يعجز ولكن مات أحدهما وترك وفاء ببدل الكتابة وفضلاً، فإن مولي الميت يستوفي بدل الكتابة من تركته ويحكم بعتقه في أخر جزء من أجزاء حياته على ما عرف من أصلنا.

ثم عند أبي حنيفة رحمه الله يعتق نصف الولد تبعاً لأبيه والنصف الآخر يبقىٰ مكاتباً ببقاء الأب الآخر؛ لأن العتق عنده متجزيء والكتابة كذلك، فإن أدىٰ الآخر عتق وعتق الابن كله ولا يرث أباه الأول عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه معتق البعض حين مات الأب الأول، ومعتق البعض لا يرث شيئاً وإن لم يرد الآخر ولكن عجز فالابن يسعىٰ في نصف قيمته لمولى العاجز ويحكم بحريته؛ لأنه معتق البعض، ومعتق البعض لا يترك كذلك بل يخرج إلى الحرية بالسعاية.

وأما الجارية فقد صار نصفها أم ولد للذي مات عن وفاء حال حياته وحريته وعتقت بموته حراً كما هو الحكم في أم ولد الحر ونصيب الآخر لا يترك رقيقاً فتسعىٰ في نصف قيمتها للمكاتب ويحكم بحريتها.

فرق أبو حنيفة رحمه الله بينه وبين أم ولد الحرين يعتقهما أحدهما أو يموت أحدهما حتى عتق نصفها حيث لا تسعىٰ في النصف الباقي.

والفرق: أن ثمة ثبتت أمية الولد حقيقة وثبت فيها حق الحرية حقيقة بحيث لا يتوهم عودهما إلى الرق فتسقط ماليتها وتقومها عند أبي حنيفة رحمه الله ولا ضمان ولا سعاية بدون [التقوم]، أما هاهنا لم تثبت أمية الولد حقيقة ولم يثبت فيها شبهة الحرية، وإنما امتنع بيعها بيعاً للولد ولهذا يتصور عودها إلى الرق بعجز المكاتبين وبدون حق الحرية لا يسقط تقومها وماليتها فكانت صفة المالية والتقوم لنصيب الحي باقية وقد احتبس عبدهما [٣٤٧/أ/١] حكماً للعتق في النصف فسعت في نصف قيمتها لهذا، هذا كله قياس قول أبي حنيفة رحمه الله.

وأما على قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا حكمنا الميت بحرية الولد في آخر جزء من أجزاء حياته حكمنا بحرية الولد كله؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ

ولا ضمان في الولد ولا سعاية عليه لما قلنا قبل هذا إلا أن يعجز الآخر فحينئذٍ يسعىٰ الولد في نصف قيمته للمولي العاجز لما مر، ولا يرث الابن من المكاتب الميت شيئاً؛ لأن نصفه عتق مع المكاتب الميت في آخر جزء من أجزاء حياته تبعاً له والنصف الآخر عتق بطريق السراية عن ذلك النصف فيقع عتق النصف الباقي مقارناً للموت أو بعده.

ومن شرط استحقاق الإرث أن يكون كله حراً وقت الموت.

فإن قيل: العتق عندهما لا يتجزأ فإذا ثبت في نصف الولد واستند إلى آخر جزء من أجزاء حياة الميت ثبت في الكل فهذا حر مات عن ولد حر فينبغي أن يرث.

والجواب عن هذا أن يقال بأن استناد العتق إنما كان بطريق التبعية وفي النصف هو بائع للمكاتب الميت فيستند العتق فيه ضرورة، فأما النصف الآخر ليس ببائع للمكاتب فلا يظهر استناد العتق فيه فكان عتق ذلك النصف مقارناً للموت أو بعده.

يوضحه: أن النصف الذي هو تابع للمكاتب الميت يعلق عتقه بكتابة الميت فوجب اعتباره بها ووجب إسناده إلى النسب السابق، فأما النصف الأخر لما لم يكن تابعاً له لم يستحق الحرية بذلك النسب، وإنما استحقه ضرورة عدم التجزؤ فيعتبر حال ما وجبت حريته وهو الآداء الذي يحصل بعد الموت فيكون رقيقاً وقت الموت لمكاتب الميت فلهذا لا يرث.

فأما الأم فإنها تصير أم ولد للميت فيعتق بموته ويجب في ماله نصف نصف قيمتها للمكاتب الحي يؤخذ ذلك من تركته بعد أداء بدل الكتابة.

ذكر بعد هذا في «الكتاب» سؤالاً فقال: كيف يسعىٰ الولد بنصف قيمته للمولي العاجز عندهما وهما ينقضان العتق؟ ومعنى هذا السؤال أنهما لما كانا لا ينقضان العتق أثبت العتق في كل الولد قبل عجز الآخر وما لم يعجز للآخر لا يثبت حق المولي في ولده فحال ما عتق كل الولد لم يكن حق المولي ثابتاً فيه فلماذا يسعى للمولي العاجز؟ ذكر السؤال ولم يذكر الجواب.

ومشايخنا رحمهم الله أجابوا فقالوا بأن حق المولي كان ثابتاً في المكاتب وفي الولد؛ لأن ولد المكاتب يصير مكاتباً على مولي الأب تبعاً للأب، ومن ضرورته دخوله في ملكه إلا أن حق المكاتب كان مقدماً في الولد على حق المولي، فإذا زال حق المكاتب فوجبت السعاية للمولي لاحتباس ملك المولي عنده؛ لأن حق المولي يثبت في الولد.

قال: مكاتبة بين اثنين جاءت بولد فادعاه أحدهما صحت دعوته لقيام ملكه في نصفها وثبت نسبه منها وصار نصيبه من الجارية أم ولد له وبقي نصيب الآخر مكاتباً غير أم ولد عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الكتابة في نصيب الشريك مانعة تقبل نصيب الشريك إلى ملك المستولد عنده والاستيلاد متى وقع في محل لا يقبل النقل ينتقص.

كما في المدبرة بين اثنين استولدها أحدهما وعندهما صارت الجارية كلها أم للمستولد؛ لأن الكتابة في نصيب الشريك عندهما غير مانعة من تكميل الاستيلاد؛ لأن الاستيلاد أقوىٰ الكتابة؛ لأنه لا يحتمل الفسخ والكتابة تحتمل الفسخ فيتكامل الاستيلاد وتنفسخ الكتابة في نصيب الشريك، فإذاً إن انفسخت الكتابة في نصيب الشريك وتكامل

الاستيلاد صار المستولد مستهلك نصيب الشريك وعادت الكتابة إلى نصيب الشريك وكملت لبقاء الكتابة في نصيب المستولد وهي غير متجزئة عندهما فتثبت في النصف الذي يملكه المستولد ضرورة عدم التجزؤ ثم يضمن المستولد لشريكه نصف قيمتها موسراً كان أو معسراً؛ لأنه يملك نصيب الشريك وضمان التملك لا يختلف.

ثم اختلف المشايخ رحمهم الله في كيفية الضمان، بعضهم قالوا: يضمن المستولد لشريكه نصف قيمتها فيه لانقسام الكتابة عندهما.

وبعضهم قالوا: يكاتبه؛ لأن هذا فسخ ضروري فلا يظهر في حق الضمان ثم لها الخيار؛ إن شاءت مضت على الكتابة وأدت بدل الكتابة وعتقت، وإن شاءت أعجزت نفسها وكانت أم ولد للمستولد تعتق بموته؛ لأنه تصدىٰ لها سببا عتق كتابة معجلة ببدل، واستيلاد مؤجل بغير بدل ولها في كل نوع فائدة أخرىٰ فكان لها الخيار لها لهذا، فإن اختارت المضي في الكتابة. ففي رواية هشام في «نوادره» عن محمد رحمه الله: تكون مكاتبة بجميع البدل وذكر الحاكم في «المنتقى»: أنها تكون مكاتبة بنصف البدل.

وجه ما ذكر في «المنتقىٰ»: أن الكتابة قد انفسخت في نصيب الشريك ضرورة تكميل الاستيلاد، وإذا انفسخت الكتابة في نصيب الشريك سقط نصف البدل ثم ثبوت الكتابة القائمة في نصيب المستولد إذا فات، فإنما يتسرىٰ بما بقي فيه من البدل.

وجه رواية هشام: أن التملك كالاستيلاد أمر حكمي والمكاتب يقبل النقل الحكمي على ما مر، فلا ضرورة إلى القول بانفساخ الكتابة في نصيب الشريك بل يدخل نصيب الشريك في ملك المستولد مكاتباً، وإذا لم تنفسخ الكتابة في نصيب الشريك لم تسقط بشيء من البدل، والدليل على صحة ما قلنا: أنه لو انفسخت الكتابة في نصيب الشريك لانفسخت في نصيب المستولد؛ لأن الكتابة عندهما كما لا تتجزأ ثبوتاً لا تتجزأ انفساخاً فلا يعود بعد ذلك مكاتبة إلا بتجديد العقد وهي مكاتبة بالاتفاق فدل أنه لم تنفسخ الكتابة في شيء منها.

وكذلك لو لم مات بالولد ولكن أقر أحد الشريكين أنها أم ولد له فهذا والأول سواء؛ لأن الإقرار بالاستيلاد في الحكم بمنزلة إنشائه والله أعلم.

الفصل العاشر
في بيان حكم المكاتبين إن كانت مكاتبتهما واحدة أو متفرقة

قال محمد رحمه الله في «الزيادات»: مكاتبان رجلين كل واحد منهما لرجل على حده وبينهما جارية جاءت بولد فادعياه فهو ابنهما، وقد مر هذا، فإن ماتا عن وفاء أو قتلا معاً أو أحدهما قبل الآخر فأديت مكاتبتهما معاً عتقا ويستند عتق كل واحد منهما إلى آخر جزء من أجزاء حياته وعتق الولد تبعاً للأبوين، لأن نصف الولد تابع لهذا الأب داخل في كتابته والنصف الآخر تابع للأب الآخر داخل في كتابته وكان مولي للمكاتبين؛

لأن عتق الولد ثبت من جهة المكاتبين، ولا يرث الابن من واحد من الأبوين؛ لأنه معتق البعض في حق كل واحد منهما وقت موته.

بيانه: ما ذكرنا أن نصف الولد تابع لهذا الأب والنصف الآخر تابع للأب الأخر فيستند عتق كل واحد نصف إلى عتق أصله لا إلى عتق الأصل الآخر لأن الاستيلاد من أحكام عقد الأصل، فإنها تظهر في مقدار ما هو تابع له [٣٤٧ب/ ١] في العقد لا فيما ليس بتابع له وجعل فيما ليس بتابع له كأن عتقه مقصور على الحال، فهو معنى قولنا: إنه معتق البعض في حق كل واحد منهما وقت موته.

وكذلك إذا كان المكاتبان لرجل واحد كاتب كل واحد منهما بكتابة على حدة؛ لأن تبعية الولد المكاتب تكون في العقد، فيكون اختلاف العقدين بمنزلة اختلاف المنزلتين فأما إذا كان الرجل واحداً وقد كاتبهما كتابة واحدة، وباقي المسألة بحالها ورث الابن من كل واحد منهما؛ لأن العقد إذا كان واحداً كان يعقد بعتق كل واحد من الأبوين معلقاً بعتق الآخر لا يتصور عتق أحدهما إلا ومعه عتق الآخر، فاستند عتق كل واحد من الأبوين إلى ما استند إليه عتق صاحبه، وإذا استند العتق في كل واحد من الأبوين إلى حال حياتهما وظهر الاستناد في حق صاحبه يظهر استناد العتق في كل الولد في حق كل واحد من الأبوين ضرورة، فلم يحصل عتق كل واحد من الأبوين، والولد حر كله بعتقه يرث ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل عندنا خلافاً لزفر، فالمسألة معروفة.

قال: ولو كانا لرجلين أو لرجل واحد وبينهما ولد، ولد في حال كتابتهما من جارية مشتركة بينهما إلا أن كتابتهما مختلفة فقتلا معاً أو ماتا معاً أو على التعاقب وترك كل واحد منهما وفاء فأديت مكاتبة أحدهما أولاً ثم أديت مكاتبة الآخر، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: عتق الولد تبعاً للمكاتبين وولاؤه لمولى المكاتبين كما لو أديت مكاتبتهما معاً. وهذا لأن العتق عنده متجزىء، فإنما يعتق كل واحد منهما يعتق نصف الولد الذي هو تابع له لا غير وكذلك الجارية بعتق من جهة المكاتبين، وولاؤها لمولى المكاتبين ولا يرث الابن من واحد من الأبوين لما مر قبل هذا.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: فالولد يعتق تبعاً للأب الذي أديت مكاتبته أولاً سواء كان هو الذي مات أولاً أو آخراً؛ لأن عندهما العتق لا يتجزأ، فإن أديت مكاتبة أحدهما أولاً وحكم بحريته وبحرية نصف الولد تبعاً له حكم بحرية النصف الآخر ضرورة عدم التجزأ فقد اعتبرنا حالة الأداء في هذه المسائل حتى قالا: إذا أديت كتابتهما معاً عتق الولد تبعاً للمكاتبين، وولاؤه لمولى المكاتبين ماتا معاً أو على التعاقب الولد تبعاً للمكاتبين، وإذا أديت كتابة أحدهما أولاً عتق الولد تبعاً للمكاتب الذي أديت كتابته أولاً، ماتا معاً أو على التعاقب وإنما فعلا هكذا؛ لأن العتق إنما يثبت عند الأداء لكونه معلقاً بالأداء فيجب النظر إلى حالة الأداء ولا يرث الابن واحداً من الأبوين لما ذكرنا أن استناد حرية كل نصف من الولد إنما يظهر في حق الأب الذي هو تابع له في ذلك النصف.

أما في حق الأب الآخر: يجعل كأن حرية الولد مقصورة على الحال، ولا سعاية على الولد في نصيب الذي أديت كأنه آخر مرة؛ لأنه لو سعى سعى لأبيه وقد ذكرنا أن ابن المكاتب لا يسعى لأبيه بحال.

وأما أم الولد فقد صارت حرة من قبل المكاتب الذي كتابته أولاً؛ لأن نصفها عتق بموته يكون ذلك النصف أم ولد له، فيعتق النصف الثاني ضرورة عدم التجزؤ ويضمن لورثة المكاتب الذي أديت كتابته آخر مرة نصف قيمتها ويكون ديناً في تركته؛ لأن الاستيلاد تقرر في الكل وصار متملكاً نصيب صاحبه فيضمن نصف قيمتها لورثة المكاتب الذي أديت كتابته آخراً بهذا.

لو كاتب الأبوين مكاتبة واحداً فمات قبل صاحبه وترك كل واحد منهما وفاء فأديت المكاتبة من مال أحدهما عتقا وورث الابن منهما؛ لما ذكرنا أن عند اتحاد العقد يستند عتق كل واحد منهما من الأبوين إلى ما استند إليه عتق صاحبه، وعند ذلك يظهر استناد عتق الولد في حق كل واحد من الأبوين ثم يؤخذ من تركة الذي لم يؤد بدل الكتابة من ماله حصة من بدل الكتابة؛ لأن الأداء من تركة أحدهما بعد وفائه بمنزلة أدائه في حال حياته في حق ثبوت حق الرجوع على صاحبه بحصته إن كان حياً، وفي تركته إن كان ميتاً.

وقال محمد رحمه الله في «الزيادات» أيضاً: مكاتب لرجلين أو لرجل واحد إلا أن كتابتهما مختلفة وبينهما ولد على تجوز ما ذكرنا، مات أحدهما عن وفاء، ثم قطعت يد الابن ثم أديت مكاتبته، فإن على القاطع أرش العبيد لأنه قطعت يده وهو عبد؛ لأن قبل أداء بدل الكتابة لا يثبت العتق وعند الأداء يثبت العتق مستنداً، ولكن الاستناد لا يظهر في حق المتلاشى والمستوى بالقطع بلا شيء فيكون نصف هذا الأرش بهذا الولد لا يدخل في كسب الميت، وإن كان ذلك للميت حال حياته، ونصفه للمكاتب الحي، أما نصفه للولد؛ لأنا إنما جعلنا ذلك للميت حال حياته لأجل التبعية؛ لأن نصف الولد الذي داخل في كتابته تابع له وقد صار ذلك النصف أصلاً بموته وبهذا يطالب بأداء حصة الميت من بدل الكتابة وقيل: هذا كان لا يطالب وهذا هو علامة الأصالة.

وأما النصف الآخر الذي هو داخل في كتابة الحي بقي تبعاً للحي فلهذا كان نصف الأرش للولد والنصف للمكاتب الحي، وكذلك لو اكتسب الولد اكتساباً بعد موت أحدهما أي: أحد الأبوين قبل أداء بدل الكتابة كان نصف الكسب للولد يدخل في كسب الميت وإن كان ذلك الميت حال حياته ونصفه للمكاتب الحي لما قلنا في الأرش، وإن قطعت يده بعدما أديت مكاتبة الميت قدم القاطع أرش الأحرار عندهما؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ، فإذا عتق نصف الولد عند أداء مكاتبة الميت عتق النصف الآخر ضرورة عدم التجزؤ وكان الأرش للولد لكونه حراً وقت القطع.

وكذلك الكسب الذي اكتسبه الولد بعدما أديت مكاتبة الميت يكون كله له؛ لأنه اكتسبه وهو حر، فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله يجب على القاطع أرش العبيد لأن

معتق البعض عنده، ومعتق البعض بمنزلة المكاتب فيكون نصف هذا الأرش للولد ونصفه للمكاتب الحي الذي اكتسبه هذا الولد بعدما أديت مكاتبة الميت يكون نصفه للولد ونصفه للمكاتب الحي عند أبي حنيفة رحمه الله.

وكان ينبغي أن يكون كل الأرش والكسب للولد في هذا الفصل عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن معتق البعض عنده مكاتب مقصود في جميع الرقبة ومن كان مكاتباً مقصوداً يستحق جميع أرشه وجميع كسبه.

والجواب: أن معتق البعض على قول أبي حنيفة رحمه الله: إنما يكون مكاتباً مقصوداً إذا ثبتت الكتابة في الباقي حكماً بعتق البعض وكتابة الباقي هٰهنا ما ثبت حكماً لعتق البعض إنما يثبت بكتابة الحي فبقي مكاتباً تبعاً للحي فلهذا لا يستوجب كل الأرش وكل الكسب.

وإن قطعت يد الأم بعد موت أحدهما عن وفاء فإن كان قبل أداء مكاتبته على القاطع أرش الإماء، وهذا ظاهر ويكون نصف ذلك للمكاتب الميت والنصف للمكاتب الحي أما النصف للمكاتب الحي فظاهر؛ لأن نصفها مملوكة له وأما النصف للمكاتب الميت لأن نصيب الميت منها لم يصر مكاتباً مقصوداً لأن أم الولد لا يكاتب على المكاتب حتى يصير مقصود بموته ما يحرم بيعها لا غير.

ألا ترى أن بعد موت المولى لا يطالب بأداء البدل فبقي تبعاً للميت كما كان وكان أرشها بمنزلة المكاتب الميت فيلتحق بتركته [٣٤٩أ/ ١] ويؤدي مكاتبته من الجملة.

وكذلك الجواب في أكساب اكتسبتها قبل أداء بدل الكتابة لكون نصفها للمكاتب الحي والنصف للمكاتب الميت لما قلنا في الأرش، وإن قطعت يدها بعدما أدت مكاتبة الميت فأرشها أرش الأحرار عندهما حكماً بحرية الميت لحرية نصفها لكون ذلك النصف أم ولد له فحكم بحرية النصف الآخر منها ضرورة عدم التجزؤ فيكون ذلك لها.

وكذلك الجواب في كسب اكتسب بعد أداء بدل الكتابة لها عندهما؛ وهذا ظاهر.

وأما على قول أبي حنيفة: يجب أرش الإماء؛ لأنها معتقة البعض فيكون النصف لها؛ لأن نصفها قد عتق، والنصف للمكاتب الحي لأن نصفها بقيت مملوكة للمكاتب الحي.

وكذلك الجواب في كسب الكسب بعد الأداء النصف لها والنصف للمكاتب الحي لما قلنا، وهذا قياس قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنها معتق البعض، ومعتق البعض عنده مكاتب مقصوداً إذا ثبت كتابة الباقي حكماً لعتق البعض وهٰهنا كتابة الباقي تثبت حكماً لعتق البعض فينبغي أن يكون كل الأرش وكل الكسب لها.

والجواب: أن معتق البعض على قول أبي حنيفة رحمه الله إنما يكون مكاتباً مقصوداً مستحقاً جميع الكسب والأرش مع أن كتابة الباقي تثبت حكماً لعتق البعض باعتبار أنه ملك اكتسب يثبت بملك الرقبة وفي معتق البعض ملك الساكت قابل للانتقال.

ألا ترى أنه ينتقل إلى الشريك بالضمان فجاز أن ينتقل العبد بالسعاية فتملك نفسها

فيملك اكتساب ضرورة أما ملك أم الولد لا يقبل الانتقال.

ألا ترى أنه لا ينتقل إلى الشريك فلا ينتقل إليها فلا تملك نفسها ولا يملك الكسب إلا أنه يضرب عليها السعاية لتعذر إيفائها على حكم الرق لا لأنها تملك نفسها بالسعاية.

عبد وابنه بين رجلين كاتبهما أحدُهما على ألف درهم كتابة واحدة بغير إذن الشريك، فمات الأب وترك مالاً كثيراً، ثم اكتسب الابن بعد موته اكتساباً أو قطعت يده وأخذ الأرش ثم علم المولى الآخر بالكاتبة، فأراد أن ينقض الكتابة ليس له ذلك؛ لأن البعض إنما يصح إذا بقي العقد بعد موت المكاتب بخلاف القياس لضرورة صحة الأداء وإمكان استناد العتق إلى قبل الموت، فلا يظهر في حق بعض مقصوده ولكن يأخذ نصف ما ترك الأب ونصف ما اكتسب الابن؛ لأنه لو كان الأب حياً كان للمولى الآخر أن يأخذ نصف ذلك.

أما على قول أبي حنيفة رحمه الله فظاهر؛ لأنه كسب عبد مشترك؛ لأن الكتابة عنده متجزئة.

وأما على قولهما: فلأن الكتابة عندهما وإن كانت لا تتجزأ فللساكت حق الفسخ فحصل نصف الكسب على حقه يعني على حق ملكه له أن يأخذ نصف ذلك.

إذا ثبت هذا الحكم حال حياة الأب بقي كذلك بعد موته عن وفاء، ثم ينظر إلى الباقي فيؤدي منها لمكاتبه ويحكم بعتق النصف بينهما عند أبي حنيفة رحمه الله وبعتق الكل عندهما وعلى المكاتب نصف قيمته إن كان موسراً، وإن كان معسراً تجب السعاية عليهما في ذلك غير أن ما كان بحصة الميت يؤخذ من تركته لكونه عاجزاً عن السعاية وما كان بحصة الابن يجب عليه لكونه قادراً على السعاية، فلا يرث الابن أباه؛ لأنه معتق البعض عند موته.

وفي «نوادر إبراهيم» عن محمد رحمه الله: في رجل كاتب غلامين له كتابة واحدة فاستحق أحدهما لا يرجع على الثاني بشيء منهما وإن وجد أحدهما حراً بطلت الكتابة كلها.

وعن أبي يوسف: في رجل كاتب عبدين له على ألف درهم كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل ضامن لذلك فاستحق أحدهما، فالثاني بالخيار إن شاء أدى جميع بدل الكتابة فعتق، لا يعتق بدون ذلك، وإن شاء نقض الكتابة.

وفي «نوادر ابن سماعة»: عن أبي يوسف رحمه الله: إذا كاتب الرجل عبدين له مكاتبة واحدة على ألف درهم إن أديا عتقا، وإن عجزا ردا في الرق، فإن أدى أحدهما الكتابة رجع على صاحبه، وإن لم يضمن كل واحد منهما عن صاحبه.

وفي «المنتقى»: رجل كاتب عبدين له في صحته على ألف درهم كتابة واحدة ثم إن أحدهما زاده مائة درهم في الكتابة والألف على النجوم، وأبى الآخر الزيادة فإنه يلزم صاحب الزيادة نصف الزيادة ولا يلزم الآخر شيء منها ويعتقان بأداء الألف وتكون نصف الزيادة على الذي زادها ولا ويكون على النجوم وكذلك لو قبلها صاحبه كانت الزيادة عليهما حالاً.

وهذا بمنزلة رجل باع عبداً بألف درهم إلى سنة، ثم زاده مائة درهم فهذه حالة ولا يكون على الأصل ولا يأخذ المولى كل واحد منهما إلا بحصة الزيادة وإن أداها أحدهما لم يرجع بها على الآخر.

وقال محمد رحمه الله: إذا زاد أحدهما مئة وخمسمائة، فإنها كلها عليه يأخذه المولى بها.

وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله: إذا كاتب الرجل عبدين له على ألف درهم ولم يجعل كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه، فأدى أحداهما حصته من المكاتبة عتق.

الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله: إذا كاتب عبدين له على ألف درهم حالة ثم يرد على هذا أخذ كل واحد منهما بحصة من المكاتبة، ولم يكن له أن يأخذ واحداً منهما بما على الآخر، وإنما أدى حصته صار حراً.

وإن كاتبهما على الألف ونجمها عليهما وقال: إذا أديتما عتقتما أو لم يقل ذلك كان له أن يأخذ أيهما شاء بجميعهما، وكان ذلك بمنزلة ضمان كل واحد منهما عن صاحبه والله أعلم.

الفصل الحادي عشر
في العبد يكون بين رجلين فيكاتباه أو يكاتبه أحدهما

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: وإذا كان العبد بين رجلين فكاتب أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه، صحت الكتابة في نصيبه واقتصرت عليه عند أبي حنيفة؛ لأن في الكتابة معاوضة وتعليق عتق بالأداء، وأي ذلك ما اعتبر صح من أحدهما في نصيبه.

فإنه لو باع أحدهما نصيبه جاز، ولو علق عتق نصيبه بأداء المال أيضاً يجوز، وكان للشريك الساكت الخيار إن شاء فسخ هذه الكتابة وإن شاء ضربها عند علمائنا رحمهم الله خلافاً لابن أبي ليلى، وأجمعوا على أنه لو باع أحدهما نصيبه أو أعتق أو دبر، أو علق عتق نصيبه بأداء المال إنه ليس للساكت أن يفسخه.

والوجه في ذلك: أن المكاتب بكتابة نصيب نفسه وإن تصرف في خالص ملكه إلا أنه ألحق بغيره وهو الساكت ضرراً فإنه بسبب كتابته يبطل على الساكت حق البيع في نصيبه؛ لأن نصيب المكاتب بالكتابة صار حراً يداً للحال وحرية اليد مانعة جواز البيع كحرية الرقبة.

فهو معنى قولنا: أخر بالساكت والكتابة قابل للفسخ وكل تصرف صدر من المالك وقد وقع إضرار بالعين، وإنه يحل الفسخ كان لمن يوجه عليه الضرر فسخه.

ألا ترى أن المرأة إذا زوجت نفسها من غير كفء لها كان للأولياء حق الاعتراض وإن تصرفت في خالص ملكها؛ لأنها ألحقت بما تصرفت ضرراً بالأولياء فكذا هٰهنا بل

أولى لأن الكتابة أقبل للفسخ من النكاح، فإن النكاح [٣٤٩ب/ ١] لا يفسخ إلا بقصور في ولاية العاقد، والكتابة تفسخ بتراجعها من غير قصور في ولاية العاقد وليس كما لو باع أحدهما نصيبه؛ لأنه ليس في بيع أحدهما نصيبه ضرر على صاحبه؛ لأن بسبب هذا البيع لا يبطل على صاحبه حق البيع في نصيبه حتى أن في أي موضع كان في بيع أحدهما نصيب ضرر لصاحبه كان لصاحبه حق فسخ بيعه، فإن الدار إذا كانت بين اثنين باع أحدهما نصف ثلث معلوم من رجل كان للآخر حق الفسخ حتى لا يتفرق نصيبه في الدار زيادة تفرق وليس كما لو أعتق أحدهما نصيبه أو دبره؛ لأن كل واحد منهما لا يقبل الفسخ وليس كما لو علق عتق نصيبه بأداء المال لأنه لا يحتمل الفسخ لأنه يمين.

ثم إن عامة المشايخ لم يشترطوا لصحة هذا الفسخ القضاء أو الرضا والشيخ الإمام نجم الدين النسفي رحمه الله في «شرح الشافي»: شرط القضاء أو الرضا وأشار إلى المعنى، فقال: لأنه تصرف في ملكه، فإن فسخ الساكت الكتابة عاد الأمر إلى ما كان قبل الكتابة وإن لم يفسخ حتى أداء العبد مكاتبته، فإنه يعتق نصيب المكاتب، واقتصر العتق على نصيبه عند أبي حنيفة رحمه الله، وللساكت خيارات ثلاثة إن كان المكاتب موسراً، وإن كان معسراً فله خيارات؛ لأن المكاتب صار معتقاً نصيبه عند الأداء، والحكم في عبد بين شريكين أعتق أحدهما نصيبه عند أبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ثم يرجع الساكت على شريكه فيأخذ منه نصف ما أخذه من العبد، ويأخذ من العبد نصف ما بقي في يده من الكسب؛ لأن الكتابة لما اقتصرت على نصيب الساكت عند أبي حنيفة رحمه الله كان هذا كسب عند نصفه المكاتب ونصفه للساكت ثم يقع المكاتب عبداً على العبد بما أخذ منه الساكت.

فرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين ما إذا كاتب ورجع الساكت على المكاتب وأخذ منه نصف ذلك، لا يكون للمكاتب أن يرجع على العبد بشيء؛ لأن هناك جعل البدل المسمىٰ بإزاء كل العبد فكان بإزاء النصف نصف المسمىٰ وقد سلم له النصف المسمى بكماله، أما هٰهنا جعل البدل مقابلة نصيبه، وصح ذلك عند أبي حنيفة لاقتصار الكتابة على نصيب عبده فصار جميع المسمىٰ بإزاء نصيبه لا غير، فإذا استحق شيء منه كان له حق الرجوع بذلك القدر فهذا هو الفرق له.

جئنا إلى بيان مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: فنقول إذا أدى المكاتب بدل الكتابة عتق جميع العبد عندهما؛ لأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ وكان للساكت حق تضمين المكاتب إن كان موسراً وحق استغناء العبد إن كان معسراً، ويرجع الساكت على المكاتب فيأخذ منه نصف ما أخذ من العبد ويأخذ أيضاً نصف ما بقي في يد العبد بعد أداء بدل الكتابة، وكان ينبغي أن لا يرجع على الساكت بشيء عندهما؛ لأن الكتابة عندهما لا تتجزأ فيصير الكل مكاتباً على المكاتب ويصير المكاتب مستهلكاً على الساكت نصيبه فيكون جميع المؤدى بسبب مكاتبته فينبغي أن يسلم له، ولكن الوجه في هذا أن يقال بأن نصيب الساكت لا يعتبر مملوكاً ومكاتباً للمكاتب في حق الساكت بل يعتبر مأذوناً له في التجارة.

أما في حق المكاتب يعتبر مملوكاً ومكاتباً للمكاتب، والكتابة تخالف العتق والتدبير والاستيلاد عندهما، فإن أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه أو دبر أو استولد، يتملك نصيب صاحبه بالضمان ويظهر ذلك في حق الكل.

والوجه في ذلك: أن يقال بأن مال الغير لا يتملك إلا بضرورة، ولا تتحقق الضرورة في فصل الكتابة إلا بتملك نصيب الساكت.

أما في فصل الإعتاق والتدبير والاستيلاد ضرورة وبيان ذلك: أن في فصل الكتابة لو صار متملكاً نصيب الساكت إنما يصير متملكاً ضرورة أن الكتابة لما نفذت في نصيب المكاتب لا بد من إثبات حكمها فيه وهو حرية اليد في حق الاكتساب والتصرف، فلا يمكن إثبات حرية اليد في نصيب المكاتب إلا بإثبات الحرية في نصيب الساكت؛ لأنها لا تتجزأ ولا يمكن إثبات الحرية في نصيب الساكت إلا وقد تملك نصيب الساكت فيصير متملكاً نصيب الساكت بهذه الوسائط.

قلنا: من ضرورة حرية اليد في حق الاكتساب والتصرف في نصيب المكاتب، أما ليس من ضرورة حرية اليد في حق الاكتساب والتصرف في نصيب الساكت يملك نصيب الساكت وجعل نصيب الساكت مملوكاً للمكاتب في حق الساكت لأنه هو المقصود يحصل في نصيب الساكت إذا صار نصيبه مأذوناً في التجارة فجعلنا نصيب الساكت مأذوناً في التجارة في حق الساكت مكاتباً في حق المكاتب، وإذا بقي نصيب الساكت مأذوناً في التجارة في حق الساكت كان هذا كسب عبد مشترك، فكان للساكت أن يأخذ نصفه، أما في الإعتاق والتدبير والاستيلاد تحققت الضرورة إلى تملك نصيب الساكت لأن الإعتاق والتدبير والاستيلاد لما صح في نصيب المباشر لا بد من إثبات حكمها في نصيبه ولا يمكن إثبات حكمها في نصيبه إلا بثبات حكمها في نصيب صاحبه، لأنه لا يتجزأ ولا يمكن إثباته في نصيب الساكت لسبب آخر غير العتق؛ لأن حكم حقيقة العتق لا تثبت بسبب آخر غير العتق.

وكذلك حكم التدبير لا يثبت نسب آخر غير التدبير؛ لأنه لإثبات حق العتق للرقبة حتى لا يجوز عن كفارة يمينه، وحكم جعله لعتق لا يثبت لسبب آخر دون العتق، فكذا حكم حق العتق فأثبتنا حقيقة العتق وحكم حق العتق في نصيب الساكت بالعتق والتدبير والعتق والتدبير في نصيب الساكت لا يصح إلا بعد أن يصير مملوكاً له فصار متملكاً نصيب الساكت.

فأما الثابت بالكتابة للحال حرية اليد في حق التصرف، لا حقيقة الحرية، ولا حق الحرية وبهذا قبل الفسخ وصار صرفه إلى الكفارة وحرية اليد كما ثبتت بالكتابة تثبت بالإذن فيمكننا إثبات حرية اليد في نصيب الساكت يحصل نصيبه مأذوناً في التجارة.

ثم إذا أخذ الساكت من المكاتب نصف المكاتبة لا يرجع المكاتب على العبد بشيء عندهما؛ لأن إضافة الكتابة ألحق إلى البعض، والكتابة عندهما لا تتجزىء في حق المكاتب، بمنزلة الإضافة إلى الكل لو أضاف الكتابة إلى الكل فيعتبر نصيب الساكت

مكاتباً في حق المكاتب لأنه أقر عليه حتى ينقسم البدل على النصيبين فلا يرجع على العبد إذا أخذ منه الساكت بشيء وفي حق الساكت يعتبر مأذوناً في التجارة لا مكاتباً كذا هٰهنا هذه جملة ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله.

طريقة أخرى لبيان أن الساكت يأخذ من المكاتب نصف ما أخذ من العبد ويأخذ من العبد نصف ما بقي في يده، وعلى هذه الطريقة يسلم أن نصيب الساكت صار مكاتباً كما هو أصلهما في عدم تجزىء الكتابة.

وجه ذلك: أن الكل وإن صار مكاتباً إلا أن للساكت قبل أداء بدل الكتابة أن يفسخ الكتابة ويأخذ نصف الرقبة ونصف الكسب، وبعد الأداء إن تعذر الفسخ في الرقبة ما تعذر في الكسب فيفسخ الساكت العقد في نصيب الاكتساب وعند ذلك يعود نصف الكسب [٣٥٠أ/ ١] إلى ملكه فيأخذه بطريق فسخ الكتابة، ثم لا يرجع المكاتب عبداً على العبد بشيء وليس للمكاتب أن يحاج العبد، ويقول قد استحق علي بعض ما أديت فإن أرجع عليك بذلك؛ لأن من حجة العبد أن يقول له: قد ضمنت لي سلامة جميع الكسب.

عندهما؛ لأن الكتابة لا تتجزىء عندهما، فإذا استحق عليك نصف ما أخذت لو رجعت له علي؛ كان لي أن أرجع عليك بما رجعت علي؛ لأن ذلك كسبي وقد ضمنت لي سلامة كسبي، ولم يسلم فكان لي حق الرجوع عليك بما رجعت علي فلا يعتد الرجوع هذا الذي ذكرنا، إذا كاتب نصيبه من العبد.

فأما إذا كاتب جميع العبد بغير إذن شريكه وقد أدى المكاتب جميع المسمى فالجواب فيه عند أبي حنيفة رحمه الله كالجواب فيما إذا كانت نصيبه لا غير إلا في فصل وهو أن الساكت إذا أخذ من المكاتب نصف المؤدى فإن المكاتب لا يرجع على العبد بما أخذ منه الساكت، فأما في عدا ذلك فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كاتب نصيبه وعلى قولهما. الجواب فيه كالجواب فيما إذا كاتب بعينه؛ لأن إضافة الكتابة إلى نصيبه إضافة إلى الكل.

وفي «نوادر أبي سليمان» عن أبي يوسف رحمه الله: عبد بين رجلين كاتبه أحدهما بغير إذن شريكه، فلم يرد ذلك الشريك حتى أدى المكاتب وعتق.

قال أبو يوسف رحمه الله: لا يرجع الذي لم يكاتب على الذي كاتب بشيء فيما قبض من المكاتبة؛ لأن المكاتبة قد تمت وصار الكسب للمكاتب يوم كاتبه فيما قبض الذي كاتب خالص المكاتب لاحق للذي لم يكاتب فيه فلا يرجع فيه، ولكن يضمن الذي لم يكاتب الذي كاتب نصف قيمته إن شاء، إنه خلاف المذكور في الأصل هذا الذي ذكرنا إذا كاتب نصيبه من العبد أو كله يصير أذن شريكه، فأما إذا كاتب نصيبه بإذن شريكه فهذا على وجهين.

إما أن أذن له بالكتابة في نصيبه، ولم يأذن له بقبض المكاتبة من العبد، أو أذن له بالكتابة في نصيبه، وأذن له بقبض المكاتبة، فإن أذن له بالكتابة، ولم يأذن له بالقبض، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: الجواب فيه كالجواب فيما إذا لم يأذن له شريكه بكتابة نصيبه في جميع ما ذكرنا من الأحكام في فصلين:

أحدهما: أنه لا يكون للآذن أن يفسخ الكتابة في نصيب المكاتب؛ لأنه رضي بالكتابة في نصيبه، فلا يكون له حق الفسخ بعد ذلك.

[كالمرأة إذا وضعت منها في غير كفوء][١] ورضي به الأولياء لا يبقى للأولياء حق الفسخ وحتى كاتب نصيبه بغير إذن شريكه كان له الفسخ؛ لأنه لم ينص بكتابة شريكه.

والثاني: أنه متى أدى المكاتب المكاتبة إلى المكاتب حتى عتق نصيب المكاتب لا يكون للآذن حق تضمين المكاتب؛ لأن المكاتب صار معتقاً له بالكتابة برضا صاحبه ولكنه يعتقه أو يستسعيه.

وأما على قولهما: فقد صار العبد مكاتباً بينهما؛ لأن الإذن من الساكت بكتابة نصيب الكاتبة إذن أَذنَ بكتابة الكل؛ لأنه لا يتجزىء، فكأنه قال: كاتب نصيبك ونصيبي فيصير الكل مكاتباً بينهما لا يعتق بأداء حصة أحدهما ما لم يؤد جميع المكاتبة كما لو كاتباه مكاتبة واحدة، ويكون المقبوض بينهما لأن كسب مكاتبتهما وما بقي من يد العبد يكون سالماً للعبد، فلا يكون لأحد على ذلك سبيل؛ لأنه كسب عبد كله مكاتب، هذا إذا أذن له بالكتابة ولم يأذن له بقبض نصيبه، فأما إذا أذن له بالكتابة في نصيبه وبقبض نصيبه فعلى قولهما: الجواب فيه كالجواب فيما إذا أذن له بكتابة نصيبه لا غير، إلا في فصل واحد وهو أنه متى أدىٰ جميع المكاتبة هٰهنا إلى المكاتب فإنه يعتق؛ لأن المكاتب صار وكيلاً بالقبض من جهة الآذن فيكون الأداء إليه كالأداء إليهما، فيعتق بالأداء إلى المكاتب، ثم للآذن أن يأخذ منه نصف المكاتبة؛ لأنه كسب مكاتبهما وفيما لم يأذن له بالقبض وصار مكاتباً بينهما إذا أدىٰ إلى المكاتب جميع المكاتبة فإنه لا يعتق لأن الإذن بالكتابة لا يكون إذناً بالقبض، كالوكيل بالكتابة لا يكون وكيلاً بالقبض، فلا يصير المكاتب وكيلاً من جهة الآخر بقبض نصيبه فيكون أداء حصة الآخر إليه والأداء إلى الأجنبي سواء، فأما فيما عدا هذا الحكم فالجواب فيه كالجواب فيما إذا أذن له بكتابة نصيبه ولم يأذن له بالقبض.

وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله: فالجواب فيه كالجواب فيما إذا أذن له بكتابة نصيبه، ولم يأذن له بالقبض إلا في فصل هو أن ما قبضه المكاتب من بدل الكتابة نصيبه، ولم يأذن له بالقبض إلا في فصل يكون سالماً له فلا يكون للآذن أن يأخذ منه نصف ما قبض، وذلك لأنه متى أذن بقبض المكاتبة، فكأنه أذن للمكاتب بأداء ما عليه من بدل الكتابة من ماله فيصير أداء المكاتب نصف المكاتبة من ماله بإذنه كأدائه لو شرع بأداء نصف المكاتبة على المكاتب، فإن ما أدىٰ يكون سالماً للمكاتب فكذا هذا، بخلاف ما لو لم يأذن له بالقبض؛ لأنه لم يوجد منه الرضا بأداء المكاتبة من ماله وما قبض المكاتب من المكاتبة نصفه ملك المكاتب فيكون سالماً له ونصفه ملك للساكت فكان [له] أن يأخذ نصيبه.

---

(١) ما بين معكوفين، كذا العبارة بالأصل، ولعل الصواب: (كالمرأة إذا زوجت نفسها من غير كفء)، والله أعلم.

فأما فيما عدا هذا الحكم فالجواب فيه كالجواب فيما إذا أذن بكتابة نصيبه ولم يأذن له بالقبض.

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: وإذا كاتب أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه لم يكن لشريكه أن يتبع نصيبه على ما ذكرنا، فإن كاتب الساكت نصيبه بعد ذلك جاز وهذا عندهما جميعاً، على قول أبي حنيفة رحمه الله: فلا إشكال؛ لأن الكتابة تتجزأ عنده فلم يصر نصيب الساكت مكاتباً أصلاً، وإذا لم يصر نصيبه مكاتباً صار الحال في حق الساكت بعد كتابة المكاتب كالحال قبل الكتابة وقبل كتابة المكاتب الآخر له أن يكاتبه فكذلك هذا، وعلى قولهما: فلما ذكرنا أن نصيب الساكت لم يصر مكاتباً في حق الساكت بل اعتبر نصيبه مأذوناً له وإذا كان نصيب الساكت مأذوناً في حق الساكت لا مكاتباً كان له أن يكاتب نصيبه فيصير العبد مكاتباً بينهما كل نصف منه صار مكاتباً بكتابة على حدة من أحدهما متى أدى إلى أحدهما حصته فإنه يعتق، ثم إذا كاتب الساكت نصيبه لا يكون للمكاتب الأول فسخ الكتابة في نصيبه، وذلك لأن الساكت بكتابة نصيبه جعل متصرفاً في خالص ملكه.

ولم يلحق بالمكاتب الأول ضرراً فإن ضرر الكتابة من أحد الشريكين امتناع البيع على الآخر، وكان هذا الضرر ثابتاً على الأول بكتابة نفسه، وتصرف الإنسان لا يكون لأحد حق الفسخ عليه فكان كتابة الساكت ولم يلحق لشريكه ضرراً بمنزلة البيع في هذه الحالة، وإن أذن لشريكه بالكتابة في نصيبه وبقبض المكاتبة فأدى العبد إلى المكاتب شيئاً ثم نهاه عن القبض كان له ذلك؛ فإن أذن له بأن يقضي ما عليه من بدل الكتابة من ماله فإن نصف كسبه له، فإذا بدا له أن يمنعه من القضاء كان له ذلك لمن قال لمودعه: اقض الدين الذي عليك من وديعتي فأدى من ذلك شيئاً ثم نهاه عن الباقي كان له ذلك؛ لأن الإذن بالقضاء [٣٥٠ب/١] تبرع وإنما يتم هذا التبرع بالقضاء قبيل القضاء هو غير تام وللمتبرع أن يرجع عما تبرع به قبل التمام، وإن كاتب أحدهما نصفه بغير إذن شريكه وشريكه لا يعلمه ثم إن المكاتب منهما أذن للآخر في كتابة نصيبه فكاتبه ثم علم الثاني بكتابة الأول فأراد الثاني أن يفسخ كتابة الأول ليس له ذلك؛ لأن حق الفسخ للثاني إنما يثبت دفعاً للضرر عن نفسه، والضرر هٰهنا لا ينبغي بالفسخ فلا يعتد الفسخ بموته، فلا يثبت له حق الفسخ، وإذا لم يثبت له حق الفسخ صار نصيب كل واحد منهما مكاتباً بكتابة على حدة؛ لأن كل واحد منهما كاتب نصيبه بكتابة على حدة.

فإن أخذ أحدهما في العبد شيئاً لا يكون للآخر أن يشاركه إلا فيما دفع إلى الأول قبل كتابة الثاني؛ لأن ما دفع الأول قبل كتابة الثاني كسب عبد نصفه مكاتب ونصفه مأذون، فأما ما دفع بعد كتابة الثاني صار الكل مكاتباً فهذا كسب عبد هو مكاتب كله فلا يكون للآخر أن يشاركه بحكم أنه كسب عبده ولا بحكم الكتابة؛ لأن نصيب كل واحد منهما صار مكاتباً بكتابة على حدة، فيعتبر بما لو باع كل واحد منهما نصيبه ببيع على حدة وقبض الثمن، وهناك لا يكون للآخر أن يشاركه فكذلك هذا، وإذا أدىٰ حصة أحدهما

عتق نصيبه؛ لأنه معاوضة وتعليق، وأي ذلك ما اعتبر إذا حصل كتابة كل واحد منهما بعقد على حدة فإنه يعتق نصيبه بخلاف ما كاتباه جملة مكاتبة واحدة حيث لا يعتق نصيب أحدهما إذا أدىٰ إليه حصته إن اعتبرنا معنى المعاوضة؛ لأن المكاتب بمنزلة المشتري والموليان بمنزلة البائعين، والواحد إذا اشترى عبداً من اثنين بألف درهم صفقة واحدة وأدىٰ حصة أحدهما لا يسلم له شيء من المعقود عليه وإن اعتبرنا معنى التعليق؛ فلأن معنى قوله كاتبناك بألف درهم إذا أديت إلينا ألف درهم فأنت حر وهناك إذا أدىٰ أحدهما خمسمائة لا يعتق نصيبه كذا هٰهنا.

قال: عبد بين رجلين كاتب أحدهما جميع العبد بغير إذن شريكه فاستسعى العبد وأدىٰ إليه نصف المكاتبة فإنه لا يعتق؛ لأن الكتابة واحدة فكان شرط وقوع العتق إزاء جميع المكاتبة لا إزاء حصة كما لو كاتباه جملة، فإن وهب المكاتب العبد نصف المكاتبة لا يعتق حصة من العبد ولو وهب له جميع حصته عتق نصفه فقد جعل هبة النصف شائعاً من النصفين حتى قال: تقع البراءة عن جميع حصته، وجعل هبة حصته مصروفاً إلى نصيبه حاجة حتى قال: برأ عن جميع حصته فيعتق.

بعض مشايخنا رحمهم الله: يجب أن يكون الجواب فيهما سواء كان كما في سائر الديون، فإنه في الحالين بعد الغريم عن جميع حصته ويكون هبة النصف مصروفاً إلى حصته لا إلى النصيبين، فيجب أن يكون في الكتابة كذلك، ولو وهب حصته يعتق فكذلك إذا وهب نصفه، ومنهم من صح ما ذكرنا في الكتابة، وقال: بأن بدل الكتابة في مسألتنا هذه في حكم دين واحد من وجه وفي حكم دينين من وجه، وهذا لأن الموجب لهذا الدين واحد وهو المكاتبة لم يشاركه في إيجابه أحد فيكون واحداً باعتبار الإيجاب لا دينين.

ولكن باعتبار الواجب في حكم دينين؛ لأن الواجب بهذا الإيجاب مشترك بينهما، ولو كان في حكم دين واحد من كل وجه إيجاباً انصرفت هبة النصف إلى نصف شائع أو لم يتصور هبة الحصة منه لأنه لا حصة إذا كان الدين واحداً ولو كان في حكم دينين من كل وجه فإن وجب بإيجابهما انصرف هبة النصف إلى نصيب الواهب خاصة لهبة الحصة كما في سائر الديون المشتركة فإذا حار بين الدين الواحد والدينين عملنا بالدليلين فقلنا: لنسبة بالدين الواحد من وجه إيجاباً انصرف هبة النصف إلى نصف شائع ويشهد بالدينين تنصرف هبة الحصة إلى نصفه خاصة عملاً بالدليلين، وإنما أظهرها نسبه الدين الواحد في هبة النصف لأنا إذا أظهرنا نسبة الدينين في حق هبة النصف فصرفناه إلى نصيب الواجب خاصة وجب أظهر هذا لسنة في حق الحصة بطريق الأولى؛ لأن حصته لا تحتمل إلا نصيبه، وهبة النصف يحتمل النصف من النصيبين فحينئذٍ لا يمكننا العمل بالدليلين، فإن قيل: هذا مشكل بما لو باع أحد الشريكين جميع العبد ثم وهب نصف الثمن، فإنه ينصرف إلى نصيبه خاصة.

والإيجاب إيجاب واحد والجواب عن هذا أن الإيجاب واحد إلا أن نصيب شريكه

من الثمن لم يجب بهذا الإيجاب بدليل أنه لم يتعلق بسلامة حصة المشتري، بإزاء الكل وإذا لم يجب نصيب شريكه بهذا الإيجاب صار وجود هذا الإيجاب في نصيب شريكه وعدمه بمنزلة، فأما هٰهنا إيجاب جميع المسمى صح في حق هذا المكاتب، حتى تعلق عتق نصيبه بإزاء جميع الألف حتى لو أدىٰ حصة المكاتب لم يسلم له نصيب المكاتب وإذا ثبت جميع الألف بإيجابه في حق حصة تعلق العتق به لزمنا أن نعتبر جانب الإيجاب والواجب جميعاً، فيصح إسقاط النصف شائعاً باعتبار الإيجاب كما لو أسقط الكل باعتبار الشركة في إسقاط نصيبه خاصة بثمن الحصة، وإذا أعتق نصيبه متى وهب حصته كان الشريك الآخر بين خيارات ثلاث عند أبي حنيفة رحمه الله إن كان المكاتب موسراً وبين خيارين إن كان معسراً ويرجع الساكت على المكاتب فيأخذ منه نصف ما قبض ثم لا يرجع المكاتب على العبد بشيء عنده بخلاف ما لو كاتب نصيبه لا غير وعلى قولهما في الحالين لا يرجع على العبد بشيء والله أعلم.

الفصل الثاني عشر
في الرجل يكاتب بشقص مملوكه

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا كاتب الرجل نصف عبده جاز، فإن أدىٰ عتق نصفه وسعىٰ في قيمته عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن اكتسب أموالاً قبل الأداء فنصفه له؛ لأن نصفه مكاتب ونصفه للمولي، لأن النصف الآخر ليس بمكاتب عنده بل هو مأذون له.

وعلى قولهما: إذا أدىٰ عتق كله ولا شيء للمولي من كسب اكتسبه قبل الأداء، لأن كله مكاتب عندهما لأن الكتابة عندهما لا تتجزىء، وما اكتسبه بعد الأداء فكله له؛ لأنه حر عندهما، فيستسعى عند أبي حنيفة رحمه الله، والمستسعى بمنزلة المكاتب وكسب المكاتب له فرع على قول أبي حنيفة رحمه الله في «الأصل» فقال: إذا كاتب نصفه ثم أراد أن يجعل بينه وبين العمل والطلب والكسب والسعاية في مكاتبته ليس له ذلك؛ لأن العبد بكتابة النصف استحق عتق النصف بإزاء بدل الكتابة، ولا يمكنه الأداء إلا بالاكتساب والطلب فمتى منعه عن الاكتساب والطلب فقد أدان. . .[1] عليه ما أثبت له من حق العتق بالكتابة فلا يكون له ذلك كما لو كاتب كله ثم أراد أن يحول بينه وبين الكسب والعمل ليس له ذلك كيلا يبطل على العبد حق العتق.

فأما لو أراد هذا العبد أن يسافر فأراد المولي أن يمنعه فله [٣٥١أ/١] ذلك قياساً في قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي الاستحسان ليس له ذلك.

وجه القياس وهو أن المكاتب يشتري رقبته من المولى، فإذا كاتب نصفه فقد اشترى

(١) بياض بالأصل.

من المولي نصف رقبته فيعتبر بما لو اشترى غيره، ولو اشترى نصف رقبته غيره أو أراد المشتري أن يسافر بالعبد فمنعه البائع كان له ذلك فكذلك هذا.

والمعنى في المسألة وهو الفرق بينما إذا منعه عن المسافرة وبينما إذا منعه من أجل الطلب والكسب، فإنه ليس له ذلك قياساً واستحساناً لأن في ذلك إبطال حق العبد في العتق بيقين، وليس في منعه من المسافرة إبطال حقه في العتق لا محالة لأنه يمكنه أداء بدل الكتابة باكتساب بدل الكتابة في المصر.

وجه الاستحسان: وهو أنه بالكتابة أثبت للعبد حق أن يعتق بإزاء بدل الكتابة، ولا يمكنه الأداء إلا بالاكتساب وربما لا يمكنه الاكتساب إلا بالمسافرة، فمتى أطلقنا له المنع من المسافرة وربما لا يمكنه أداء ما عليه في بدل الكتابة بدون المسافرة كان في ذلك إبطال حق على العبد عسى، وكما لا يكون للمولى إبطال ما ثبت له من الحق بالكتابة بيقين لا يكون له مباشرة ما يتوهم نسبة إبطال حق العبد عسى.

ثم إن محمداً رحمه الله ذكر القياس والاستحسان في المسألة في ثلاث مواضع:

أحدهما: في المسافرة.

والثاني: في الاستخدام إذا أراد المولي أن يستخدمه يوماً ويخليه للكسب يوماً والقياس: أن يكون له ذلك. وفي الاستحسان لا يكون له ذلك.

والثالث: إذا أراد أن يستسعيه لنفسه يوماً ويخليه يوماً القياس أن يكون له ذلك. وفي الاستحسان: لا يكون له ذلك.

وجه القياس في ذلك ما ذكرنا أن المكاتب في النصف بمنزلة المشتري نصف بعينه عند أبي حنيفة رحمه الله، ولو اشترى نصف رقبته مشترٍ آخر يثبت للبائع حق التهايؤ مع المشتري فكذلك ههنا، وهذا لأنه ليس في التهايؤ إبطالُ حق على العبد لأنهما متى تهايأا احتاج المكاتب إلى كسب المسمى ومتى لم يتهايأا احتاج إلى كسب ضعف المسمى ولا فرق في حق العبد بين أن يأخذ المولى نصف منفعته وبين أن يأخذ نصف كسبه، في الاستحسان لا يكون له حق المهايأة؛ وذلك لأن القول بثبوت المهايأة للمولى قد يصير سبباً لفوات حق العبد في نصف المنفعة وجعلنا المكسوب بين العبد والمولى نصفين لا يصير ذلك سبباً لإبطال حق المولى بغير عوض في نصف منفعة العبد لأنه يأخذ نصف الكسب مكان نصف المنفعة وبالمهايأة قد يبطل حق العبد.

بيان ذلك: أن الأسواق تكون رائجة في بعض فصول السنة، وكاسدة في بعض الفصول على هذا عادة الأسواق في حق كل تجارة وصناعة، فمتى لم يثبت للمولي حق المهايأة أمكن للعبد كسب ضعف المسمى في جميع السنة، وقد لا يمكنه كسب مثل المسمىٰ في نصف السنة ومتى لم يمكنه كسب المسمىٰ في نصف السنة يرد في الرق، فيفوت حق العبد عن العتق أصلاً بالمهايأة وفي القول بترك المهايأة لا يتوهم بنفي فوات حق المولي عند المنفعة بغير عوض أصلاً فكان النصر في الجانبين في ترك المهايأة وفي قسمة المكسوب وليس كما لو اشترى نصف العبد غير العبد، وذلك لأنه ليس في المهايأة

توهم فوات حق على أحد الشريكين، فوجب القول بقسمة المنفعة بالمهايأة فأما القول بقسمة المنفعة هٰهنا بالمهايأة قد تصير سبباً لفوات حق العبد، والقول بقسمة المكسوب لا يصير سبباً لفوات المولى بغير عوض أصلاً فكان القول بقسمة المكسوب أولى من القول بقسمة حقيقة المنفعة بالمهايأة.

ولو كانت نصف جارية فولدت ولداً فولدها بمنزلتها، ويكون نصف كسب الولد للمولى لأن نصف الولد مملوكه كنصف ونصفه كسبه للأم لأنه داخل في كتابة الأم فإن أذن عتق نصفها وعتق نصف الولد معها وسعى كل واحد من نصف قيمته؛ لأن كل واحد منهما معتق البعض، وكل واحد منهما مقصود في هذه السعاية وأما كسب الولد بعد ذلك فهو له دون أمه ومولاه، لأنه صار كالمكاتب بما لزمه من السعاية في نصف قيمته مقصوداً.

وإن ماتت الأم قبل أن تؤدي شيئاً في مكاتبتها سعى الولد في المكاتبة؛ لأن نصفه تابع للأم في الكتابة فيقوم مقامها بعدها في السعاية في المكاتبة، فإذا أداها عتق نصف الأم في آخر جزء من أجزاء حياتها ونصف وعتق نصف الولد أيضاً كما لو أدت في حياتها، وسعى بعد ذلك في نصف قيمته ولا يسعى في نصف قيمة أمه لأن في السعاية في نصف قيمة كل واحد منهما مقصود فلا يجب عليه ما كان عليها في السعاية؛ لأن ذلك إنما يكون بحكم التبعية ولا تبعية بينهما في ذلك النصف.

وهو بمنزلة رجل أعتق نصف جاريته ونصف ولدها ثم ماتت الأم فلا سعاية على الولد من قبل الأم ولو كان أعتق نصف أمته وهي حبلى فولدت بعد ذلك أو حبلت بعد العتق فهذا الولد يسعى فيما على أمه إذا ماتت؛ لأن جميع الولد تبع لها إلا أنه ليس عليه شيء من السعاية مقصوداً فسعى فيما عليها بعد موتها.

وإن كاتب نصف أمة فولدت ولداً ثم ماتت الأم وترك أموالاً وعليها دين قضى الدين من جميع تركتها أولاً، ثم يكون للمولى نصف ما بقي؛ لأن نصفه باق عليه على ملكه عند أبي حنيفة رحمه الله وهو ذلك النصف بمنزلة المأذون له في التجارة بعد الفراغ من الدين للمولى، ونصف الكسب لها، ويؤدي من ذلك مكاتبتها، فإن بقي شيء أخذ المولى من ذلك نصف قيمتها لأنه كان يستسعيها في نصف القيمة بعد أداء المكاتبة لو كانت حية، فيأخذ ذلك من تركتها بعد موتها؛ لأنا حكمنا بموتها حرة ولا يرث هذا الولد، لأن إسناد الحرية في الولد إلى حال حياتها كان في النصف الذي هو تبع لها وفي النصف الباقي الولد مقصود فإن عليه أن يسعى في نصف قيمته ولا يعتق إلا بعد أداء سعايته، فكان بمنزلة المملوك عند موت أمه فإن لم تدع الأم شيئاً يسعى الولد في الدين كله؛ لأن في حكم الدين الولد قائم مقام الأم، كقوله المأذون وولد المكاتبة، ويسعى في الكتابة أيضاً لهذا المعنى ثم يسعى في نصف قيمة نفسه، لأنه معتق البعض بعد أداء الكتابة ولا يسعى في نصف قيمته لأم لأنه ليس بتبع لها في ذلك النصف، فإن أدى الكتابة قبل أن يؤدي دين الغرماء على المولى بما أخذ ولكنهم يتبعون الولد بالدين، لأنه قائم

مقام الأم فأخذ المولى بدل الكتابة منه بمنزلة أخذه منها، ولو أخذ المولى بدل الكتابة من الأم كان المأخذ سالماً للمولى، والغرماء يتبعون المكاتبة بديونهم فكذا في الولد وإن اكتسب الولد أموالاً [٣٥١ب/ ١] قبل أداء المكاتبة فنصف الكسب للمولي بعد الدين؛ لأن الولد بمنزلتها، وقد بينا أن نصف كسبها للمولى بعد الدين فكذا في الولد وإذا كاتب أمته فاستدانت سعت في جمعه لأن نصفها مكاتب ونصفها مأذون له والحكم في دين المكاتب والمأذون ما ذكرنا والله أعلم.

الفصل الثالث عشر
في الاختلاف الواقع بين المولى والمكاتب

وإذا كاتب الرجل عبده ثم اختلف المولى والعبد في بدل الكتابة فقال العبد: كاتبني على ألف درهم وقال المولى: كاتبتك على ألفين. أو اختلفا في جنس المال كان أبو حنيفة رحمه الله أولاً يقول: يتحالفان وهو قولهما؛ لأنهما اختلفا في بدل عقد فقال؛ ويفسخ فصار كالبيع والإجارة ثم رجع وقال: القول قول العبد مع يمينه، وعلى المولى البينة؛ لأن التحالف في باب البيع عرف بالنص، والكتابة ليست في معنى البيع فالنص الوارد في البيع لا يكون وارداً في الكتابة ثم إذا جعل القاضي القول قول المكاتب مع يمينه والذمة ألف درهم أقام المولى بعد ذلك بينة على أنه كاتبته على ألفين لزمه ألفان وسعى فيهما لأنه لا قوام لليمين إذا جاءت البينة بخلافها، وإن لم يقم المولى بينة على ذلك وأدىٰ العبد ألف درهم وقضى القاضي بعتقه ثم أقام السيد البينة بعد ذلك على أنه كاتبه على ألفين فالقياس أن لا يعتق ما لم يؤد ألفين؛ لأنه ظهر بالحجة أن عتقه معلق بإزاء الألفين.

وفي الاستحسان هو حر وعليه ألف درهم أخرى؛ لأن قضاء القاضي يعد ظاهراً؛ لأنه صدر عن دليل شرعي وهو اليمين، وقد وقع الشك في نقضه؛ لأن شهود المولى شهدوا بكتابة العبد على ألفين لا غير، ومن الجائز أنه كاتبه على ألفين على أنه حر متى أدى ألفاً والألف الأخرى عليه بعد العتق، وعلى هذا الاعتبار لا يجوز بعد القضاء، ومن الجائز أنه لم يقل على أنه حر متى أدى ألف درهم، وعلى هذا الاعتبار يجوز نقض القضاء، ومطلق الشهادة بالكتابة يحتمل الأمرين فهو معنى قولنا: وقع الشك في نقض القضاء فلا ينقض بالشك بخلاف ما لو أقام البينة قبل قضاء القاضي بالعتق إن كاتبه على ألفين على أنه متى أدىٰ ألفاً فهو حر والألف الأخرى عليه بعد العتق يجب القضاء بالعتق.

وإن لم يقل على أنه متى أدىٰ ألف درهم فهو حر لا يجب القضاء بالعتق فلا يجب القضاء بالعتق بالشك والاحتمال ولو قال المولى: كاتبتك على ألفين، وأقام البينة على ذلك، وأقام العبد بينة على أنك كاتبتني على ألف درهم إن أديتها فأنا حر، فالقاضي يقضي على العبد بألف درهم، وإن أدىٰ ألف درهم، فإنه يعتق وعليه ألف أخرى بعد العتق.

ولو أقام العبد بينة أن المولى كاتبه بألف درهم ولم يقل: إن أديتها فأنا حر وباقي المسألة بحالها وقضى القاضي على العبد بألفي درهم، فلم يقل بألف لا يعتق ما لم يؤد ألفي درهم، ويجب أن يعتق في الفصل الثاني بالأداء الألف أيضاً، لأنه لما كاتبه على ألف درهم فقد قال له إذا أديتها فأنا حر، لأن معنى الكتابة وحكمها هذا.

والجواب وهو الفرق بين المسألتين أن في المسألة بينة العبد ما قبلت على الكتابة بألف درهم، لأنا لو قبلناها على الكتابة بألف درهم احتجنا إلى إثبات عقدين كتابة بألف درهم ببينة العبد وكتابة بألف درهم ببينة المولى، ولا وجه إليه لأن الكتابة الثانية تفسخ الأولى لا محالة، وإذا تعذر القضاء بالعقدين وجب القضاء بأحدهما فقضينا بالعقد الذي ادعاه المولى ببينته لأن بينته أكثر إثباتاً، وأثبتنا ببينة العبد قول المولى: إذا أديت إلي ألفاً فأنت حر لا أصل العقد فجعلنا كأن المولى كاتبه على ألفي درهم وقال له: إن أديت ألف درهم فأنت حر، وعليك ألف أخرى بعد العتق.

وفي المسألة الثانية لا يمكن إثبات قول المولى إذا أديت إلي ألفاً فأنت حر ببينة العبد؛ لأن شهود العبد لم يشهدوا بذلك صريحاً، لو ثبت ذلك إنما يثبت مقتضى ثبوت العقد بألف درهم ببينته، ولا وجه إليه لأن بينة العبد على أصل العقد مقبول على ما ذكرنا.

وإذا كاتب الرجل عبداً له واختلفا في المعقود عليه فقال العبد: المولى كاتبني على نفسي ومالي على ألف درهم، وقال السيد: بل كاتبتك على نفسك دون مالك فالقول قول السيد عندهم جميعاً، ولا يتحالفان ههنا بالإجماع لأنهما اختلفا في هذا أن المعقود عليه وللقضاء على البدل.

ولو اختلفا على هذا الوجه في باب البيع بأن قال البائع: بعت منك هذا العبد بألف درهم. وقال المشتري: لا بل اشتريت منك هذا العبد وهذا الحانة بألف درهم لا يتحالفان ويكون القول قول البائع مع يمينه، وعلى المشتري البينة فالبينة بينة المكاتب لأنها أكثر إثباتاً، ولو قال المولى: كاتبتك يوم كاتبتك وهذا المال في يدك وهو مالي وقال المكاتب: بل هو لي أصبته بعد ما كاتبتني، قال القول قول المكاتب لأنه صاحب يد فهو مستحقه ظاهراً، والمولى مدعيه فكان على المولى البينة، فإن أقام البينة فالبينة بينة المولى؛ لأن الدعوى في مطلق الملك والخارج، والمولى خارج حتى لو كان المال في يد المولى كانت بينة العبد أولى؛ لأن الخارج هو العبد في هذه الصورة ولو اختلفا في أصل الأجل فالقول قول المولى فرق بينه وبين السلم.

والفرق أن في السلم الأصل شرط جواز العقد فالذي يدعي الأصل يدعي حجة العقد والظاهر يشهد له، أما ههنا الأجل لشرط جواز العقد ليصير مدعي الأجل مدعياً جواز العقد وإنما يدعي شرطاً زائداً والمولى ينكره فالقول قول المنكر، ولو اختلفا في مقدار الأجل فالقول قول المولى لأنه ينكر زيادة الأجل، ولو اتفقا على أصل الأجل ومقداره ولكن اختلفا في المضي فالقول قول العبد لأن المولى يدعي على العبد أيضاً حقه

بعدما أقر له بالحق والعبد ينكر الاستيفاء فيكون القول قول العبد.

ولو ادعى المكاتب أنه كاتبه على ألف درهم ونجم عليه كل شهر مائه، وقال المولى: لا بل نجمت عليك كل شهر مائتان فالقول قول المولى لأن حاصل اختلافهما في مقدار الأجل، فالمولى يقول خمسة أشهر والعبد يقول له عشرة أشهر.

وإذا وقع الاختلاف بين المولى وبين المكاتبة في ولدها فقال المولى ولدت قبل أن كاتبتك وقالت المكاتبة: بل ولدته بعدما كاتبتني، قال كان الولد في يد المولى فالقول قول المولى، وإن كان الولد في يد المكاتبة ولا يعلم متى ولدت فالقول قولها اعتبار السيد في الفصلين جميعاً ولم يذكر محمد رحمه الله في «الأصل» ما إذا كان الولد في أيديهما.

وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله أن القول قول المولى، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المكاتبة لأن في بنيتها زيادة إثبات حرية ليست في بينة المولى، وهي حرية الولد عند أداء بدل الكتابة، فهو نظير ما لو ادعت أمة على مولاها أنه أعتقها وولدها والمولى يقول أعتقتها وحدها. وأقاما البينة وهناك البينة بينة الجارية؛ لأن فيها زيادة إثبات عتق كذا ههنا والله أعلم بالصواب [٣٥٢أ/ ١].

الفصل الرابع عشر
في مكاتبة المريض وإقراره بقبض بدل الكتابة
وإقرار المكاتب بالدين لمولاه ولأجنبي ولولده

قال محمد رحمه الله: مريض كاتب عبده على ألف درهم نجوماً وقيمته ألف درهم وهو لا يخرج من ثلثه فإن العبد يخير إن شاء عجل ما زاد من قيمته على ثلث مال الميت، وإن شاء رد في الرق، وهذا لأن المريض بالتأجيل أخر حق الورثة إلى مضي الأجل، وضرر التأجيل عليهم كضرر الإبطال من حيث إنه تقع الحيلولة بين الورثة وبين حقهم عقيب موت المورث، ولو أبطل حقهم عن بدل الكتابة بأن أبرأ المكاتب عن بدل الكتابة أليس أنه يعتبر من الثلث فكذا إذا أخر.

ألا ترىٰ لو أجل المريض في دين له على أجنبي يعتبر ذلك من الثلث كما لو أبرأ فإن عجل ما زاد على الثلث حسب ذلك من كل نجم بحصته أو ليس بعض النجوم بأن يجعل المعجل عنه بأولى من الآخر.

وإن كاتبه على ألفين نجوماً وقيمته ألف لا مال له غيره قيل له عجل ثلثي الألفين وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعلى قول محمد رحمهما الله يقال له: عجل ثلثي قيمتك وهذا لأن من أصلهما أن مال المولى بدل الكتابة فلا يصح تأجيل إلا في قدر الثلث ومن «أصل» محمد رحمه الله أن ما زاد على ثلثي القيمة كان المريض متمكناً منه إذ لا يتملكه أصلاً، فإذا ملكه إلى أجل لا يثبت للورثة حق الاعتراض على الأجل فيه،

وذكر في هذه المسألة في «المنتقى» عن غير ذكر خلاف، وذكر أنه يأمر أن يعجل ثلثي قيمته والباقي إلى الأجل من قبل أنه لم يخرج من ملك المولى بعد.

قال ثمة: ولو قال كان أعتقه على هذا المال أمر بتعجيل ثلثي المال لأنه خرج من ملك المولى ووجب المال للمولى، ولو كان كاتبه على ألف درهم وقيمته ألفا درهم لا مال له غيره قيل له عجل ثلثي قيمتك وأنت حر وإلا رددناك في الرق، لأنه حاباه بنصف المال والمحاباة في مرض الميت وصية فلا تجوز إلا بقدر ثلث، فإذا استوجب للمحاباة الثلث لا يمكن تصحيح التأجيل في شيء، فلهذا يؤمر أن يعجل ثلثي قيمته أو يرد في الرق.

ولو كاتب عبده في صحته على ألف درهم وقيمته خمسمائة فلما حضره الموت أعتقه ثم مات ولم يقبض شيئاً، يسعى العبد في ثلثي قيمته وتبطل الكتابة، لأن مقدار قيمته مال المريض بيقين، فأما ما زاد عليه فغير متيقن أنه مال الميت، ألا ترى أنه يتمكن من أن يعجز نفسه فيعتبر الثلث والثلثان في القيمة، ولأن إعتاقه إياه إبطال للكتابة، لأن الإعتاق المبتدأ في حق المولى غير العتق بجهة الكتابة وإذا كان هذا إبطالاً للكتابة صار كأنه لم يكاتب جميع بدل الكتابة في مرضه، يسعى في ثلثي قيمته لما ذكرنا أن ماله بيقين قدر قيمته، فيعتبر الثلث والثلثان فيها.

قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا كاتبه في صحته ثم أعتقه في مرضه فهو بالخيار، إن شاء سعى في ثلثي قيمته، وإن شاء سعى في ثلثي ما عليه من بدل الكتابة، وإن المولى قد قبض منه قبل ذلك خمسمائة ثم أعتقه في مرضه يسعى في ثلثي قيمته ولم يحسب شيء فما أدى بالإعتاق المبتدأ بطلب الكتابة في حق المولى، فما قبض فهو كسب عبده فلا يكون محسوباً مما يلزمه من السعاية بسبب الإعتاق وهذا عندهما، وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله إذا اختار فسخ الكتابة والسعاية في ثلثي قيمته.

وإن كان العبد بين رجلين مرض أحدهما وكاتبه الصحيح بإذنه جاز ذلك وليس للوارث إبطاله، لأنه قائم مقام مورثه وليس للمورث إبطاله فكذلك لوارثه، وكذا إن أذن له في القبض فقبض بعض بدل الكتابة ثم مات المريض لم يكن للوارث أن يأخذ منه شيئاً.

وفي «المنتقى»: مريض كاتب عبده وقيمته ألف درهم على خمسمائة ولا مال له غير العبد ثم مات، يقال للمكاتب: عجل ستمائة وستة وثلاثين والا رددناك في الرق، فإذا أدى خمسمائة وقبضها الوارث على الكتابة عتق بها المكاتب وصار الفضل ديناً عليه يؤخذ منه، وإن شاء الوارث أن لا يقبل الخمسمائة إلا من جميع ما للوارث عليه وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان فله ذلك، ولا يعتق العبد في هذا الوجه إلا بأداء الجميع؛ لأنه لا يصير موفياً الخمسمائة التي هي مكاتبة إلا بأداء الجميع إذا جعلنا ما أدى من المالين جميعاً والله أعلم.

وإذاكاتب الرجل عبده في مرض موته بألف درهم وقيمته ألف درهم ولا مال له غيره، ثم أقر في مرضه أنه استوفى بدل الكتابة جاز إقراره من الثلث ويعتق المكاتب ويسعى في ثلثي قيمته.

فرق بين هذا وبينما إذا باع المريض من أجنبي شيئاً وأقر باستيفاء ثمنه فإنه يجوز إقراره من جميع المال، والفرق أن الإقرار باستيفاء بدل الكتابة إقرار بما يقع ثمة العتق ولو أقر المريض بعتقه يعتبر من الثلث فكذا إذا أقر بما يقع به العتق، فأما الإقرار باستيفاء الثمن إقرار بما يؤكد الملك للأجنبي في الغير، ولو أقر بعتق في يده لأجنبي يصح إقراره من جميع المال فكذا إذا أقر باستيفاء ما يؤكد الملك للأجنبي من العتق، وفرق بين هذا أيضاً وبينما إذا كاتبه في صحته ثم أقر باستيفاء بدل الكتابة في مرضه فإنه يجوز من جميع المال، والفرق أن الكتابة إذا كاتب في حالة الصحة استحق المكاتب البراءة عن بدل الكتابة عند إقرار المولى باستيفاء بدل الكتابة لعدم تعلق حق الغير. . .[1] هذا تعلق حق الورثة بمال المريض استبق حق المكاتب فصار في حكم الصحيح في حق هذا الإقرار، فأما إذاكاتب الكتابة في حالة المريض فحق الورثة تعلق برقبة المكاتب في أول المرض، فأوجب ذلك تعلقه بالبدل ومنع ذلك ثبوت هذا الحق للمكاتب فاعتبر إقراره من الثلث لهذا، ولو لم يقر باستيفاء بدل الكتابة كأنه أقر في يده أنها وديعة لهذا المكاتب أودعها إياه بعد الكتابة والألف الوديعة من جنس بدل الكتابة ثم مات جاز إقراره من الثلث يريد به إذا كاتب الكتابة في المرض، لأن ذلك إقرار باستيفاء بدل الكتابة، فالإقرار من رب الدين بالوديعة للمديون إذا كاتب الوديعة من جنس الوديعة الدين إقرار باستيفاء الدين، فإن مال المديون متى وقع في يد صاحب الدين وديعة وهو مثل الدين يصير قصاصاً ويصير رب الدين مستوفياً دينه به، فكان هذا إقراراً بالاستيفاء من هذا الوجه فيعتبر من ثلث المال إذا كاتب الكتابة في حال المرض، وإن كاتب الكتابة في حالة الصحة وباقي المسألة بحالها يعتبر إقراره من جميع المال. ولو أقر بألف أجود من بدل الكتابة وكاتب الكتابة في حال الصحة يعتبر إقراره من جميع المال لأنه أقر بوديعة ما هو مثل الدين وزيادة حقه، فصح الإقرار بما هو مثل الدين؛ لأنه يتعلق به الاستيفاء ولم يصح في حق الزيادة لأنه يتعلق به الاستيفاء، فإن قال المكاتب إليَّ أسترد الخيار وأعطي مثل حقي لم يكن له ذلك لعدم صحة الإقرار بالزيادة، ولو أقر بألف ذيوفاً في يده أنها وديعة لمكاتبه وبدل الكتابة ألف جياد، لم يصح إقراره إذا كان عليه دين الصحة ويقسم هذه الألف بين غرماء الصحة ويؤاخذ المكاتب بما عليه، لأن الإقرار بالوديعة من المريض إذا كان عليه دين الصحة إنما يصح إذا تضمن معنى الاستيفاء والخيار [٣٥٢ب/ ١] لا يحتمل الاستيفاء بالديون إذ الجودة صارت حقاً للغرماء وفي استيفاء الرديء مكان الجيد إبطال حقهم في الجودة وإنه لا يجوز، فلم يكن هذا الإقرار متضمناً معنى الاستيفاء. يبقى إقرار الوديعة قصداً وذلك من المريض باطل إذا كان عليه دين الصحة.

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: مكاتب أقر لمولاه بألف درهم في صحته، وقد كان المولى كاتبه على ألف درهم وأقر المكاتب لأجنبي بألف درهم ثم مرض المكاتب

---

(١) بياض بالأصل.

وفي يده ألف درهم فقضاها المولى من المكاتبة ثم مات من ذلك المرض وليس له مال غيرها فالألف تقسم بين المولى والأجنبي على ثلاثة أسهم سهمان للمولى وسهم للأجنبي لأنه حرّمان وعليه ثلاثة آلاف درهم دين ألفان للمولى وألف للأجنبي.

ولو ترك ألف درهم فيقسم بينهما على قدر حقوقهما لأسبق الديون في القوة. وإنما قلنا إنه حر لأن الحرية معلقة بأداء بدل الكتابة وقد تحقق لأداء، أكثر ما في الباب أن ذلك الأداء مستحق البعض لما أنه آثر بعض الغرماء على البعض، إلا أن الشرط وجود الأداء لا دوامه، ألا ترى أن المكاتب لو أدى مالاً مغصوباً فإنه يصح الأداء ويثبت العتق مع أن ذلك ليس بكسبه فهاهنا لأن يصح الأداء والمؤدىٰ كسب العبد كان أولى، فإذا صح الأداء ثبت العتق والعتق بعد تحققه لا يحتمل الانتقاض قضاء مال الكتابة ديناً مستحقاً، كذا على الحر لا يحتمل السقوط، وكذا الدين الآخر للمولى لا يحتمل السقوط وكذا دين الأجنبي فاستوت الديون في القوة، فلهذا يقسم الإرث بينهما على قدر حقوقهما أثلاثاً.

ولو أن المكاتب أدى الألف إلى المولى من الدين الذي أقر به المولى في صحته ثم مات، قال: الأجنبي أحق بهذه الألف وبطل دين المولى ومكاتبته لأن تعيين من عليه في الأداء صحيح، وإذا صح التعيين من ذلك الدين لم يقع المؤدى عن المكاتبة، فإذا مات مات عن غير وفاء فرد في الرق فمات على ملك المولى على عبده دين لا يبقى أيضاً، وبقي دين للأجنبي فكان الألف له، فكذلك لو لم يقضها للمولى ومات وتركها فهي للأجنبي لما تبين بعد هذا.

ولو ترك المكاتب ابناً ولد في كتابته فالأجنبي أحق بهذا الألف من المولى، لأنه ما لم يقبض المولى عن المكاتبة لم يعتق ولم يصر دين المولى مستأكداً، ودين الأجنبي متأكد لا يحتمل السقوط بحال فكان دين الأجنبي أقوى فيبدأ به ويبتع المولى ابن المكاتب بالمكاتبة والدين لقيامه مقام الأب.

ولو كان المكاتب قد قضاه المولى من المقر به قبل الموت ثم مات ترك ابناً مولوداً كتابته كان الأجنبي أحق بالألف أيضاً لأنه آثر بعض غرمائه بالقضاء في حالة المرض فوجب بعض الإيثار، ومتى وجب بعضه صار الأجنبي أحق بالألف لكون دينه أقوى، ويتبع المولى ابن المكاتب بالدين والمكاتبة استأمن الولد مقام الولد الأب في حق السعاية فيما على الأب، وإذا أدى الابن المكاتبة والدين الذي على الأب لا ينقض القضاء إلى الأجنبي، فإن صارت الديون مستوية في القوة لما حكم بعتق المكاتب بأداء ولده إلا أن الاستواء إنما يعتبر حالة الميت التي هي حالة المزاحمة وقد يعتقه في ذلك الوقت، ولأن الاستواء إنما يثبت باعتبار الحرية، والحرية هاهنا إنما تثبت بعد وصول الدينين إلى المولى وفي هذا الوقت لا فائدة في نقض القضاء إلى الأجنبي لأن فائدته ليس إلا وصول المولى إلى شيء من دينه ويعتقا وصل الدينان إلى المولى بإكمالهما لا يتصور هذا النوع من الفائدة.

ولو أن رجلاً كاتب عبداً له على ألف درهم في صحة المكاتب، وأقرضه رجل

أجنبي ألفاً في صحته ثم مرض المكاتب، فأقرضه المولى ألفاً بمعاينة الشهود فسرقت من المكاتب وفي يد المكاتب ألف أخرى فقضاها من الألف القرض ثم مات المكاتب من مرضه ذلك وليس له مال سوى الألف التي قضاها المولى فالمولى أحق بها من الأجنبي، لأن القرض إن كان معاوضة حقيقة من حيث إنه يعطي مالاً ويأخذ مثله إلا أنه اعتبر عارية حكماً، وبهذا لا يصح فيه التأجيل ولا يملكه المكاتب والعبد المأذون، ولا يشترط قبض بدله في المجلس إذا كان القبض دراهم أو دنانير، ولو اعتبر معاوضة حقيقة كان هذا صرفاً فيجب قبض بدله في المجلس، ولما لم يشترط علم أنه إعارة حكماً، فيعتبر هو بالعارية الحقيقية بأن أعارهُ المولى من المكاتبة عيناً لينتفع به بمعاينة الشهود، ثم استرده من مكاتبته في مرضه ثم مات عاجزاً وعليه دين الأجنبي، وهناك كان ما استرده المولى سالماً للمولى، وهناك كذلك.

بخلاف ما لو اشترى المكاتب في مرضه عبداً من المولى بألف وقيمة العبد ألف، ولرجل أجنبي على المكاتب ألف فهلك العبد في يد المكاتب، وفي يد المكاتب ألف درهم لا غير، فقضاها المولى من ثمن العبد ثم مات المكاتب من مرضه ذلك ولم يترك وفاء، فإن ما قبض المولى من ثمن العبد لا يسلم للمولى وإن كان البيع وقبض الثمن بمعاينة الشهود، لأن للبيع معاوضة حقيقة وحكماً فكان المأخوذ من المكاتب ديناً حقيقة وحكماً، ثم لما مات من غير وفاء وانفسخت الكتابة يسقط دين المولى فيسترد منه الألف ويدفع إلى الأجنبي. قال محمد رحمه الله في «الكتاب»: ألا ترى أنه لو كان مكان المولى أجنبياً كان أحق بها من صاحب الدين في حالة الصحة؟ وقال: ألا ترى أنه لو قضى مولاه وهو صحيح ولم يدفع إلى الغرماء شيئاً ثم عجز بعد ذلك كان جائزاً؟ كذا هاهنا.

مكاتب له على مولاه دين في حالة الصحة فأقر في مرضه أنه قد استوفى ماله على مولاه وعليه دين الصحة ثم مات ولم يدع مالاً، لم يصدق على ذلك لأنه لما مات لا عن وفاء فقد مات عبداً، وصار المولى أقرب الناس إليه بمنزلة الوارث الحر من مورثه، وإقرار المريض باستيفاء الدين من وارثه باطل لتهمة الإيثار فها هنا كذلك.

رجل كاتب عبداً له على ألف درهم في صحته، ثم إن المكاتب أقر في مرضه لأجنبي بألف درهم ثم مات المكاتب ولم يترك الألف درهم، فالأجنبي أحق بالألف من المولى، فإن كان دين المولى دين الصحة ودين الأجنبي دين المرض بخلاف ما إذا كان دين الصحة لغير المولى حيث كان أولى بالقضاء من دين المرض. والفرق بينهما أن دين المولى في حالة الصحة لا يمنع ثبوت دين المرض على العبد ليست من الأسباب لأن المولى بعقد الكتابة يسلط المكاتب على ذلك، لأنه يسلطه على التصرفات، والإقرار بالدين من توابعه، فكان فيه إبطال حقه بتسليطه، ولما لم يمنع دين المولى في حالة الصحة دين المرض على ما صار هاهنا صار دين المولى ودين الأجنبي في حق المولى بمنزلة دين الصحة أو دين المرض ولو كانا في الصحة أو في المرض يبدأ بدين الأجنبي لكونه أقوى فهاهنا كذلك. أما دين الأجنبي في حالة الصحة يمنع ثبوت دين على العبد

في حالة المرض بإقرار العبد لما فيه من إبطال حقه من غير تسليطه فلا يقدر العبد على ذلك فلهذا افترقا. وكذلك الجواب فيما إذا مات المكاتب وترك سبعمائة درهم بل هذا أولى؛ لأنه لا وفاء هنا ببدل الكتابة حقيقة وحكماً.

رجل كاتب عبداً له على [٣٥٣أ/ ١] ألف درهم ثم مرض المكاتب فأقر لمولاه بقرض ألف درهم وأقر لرجل أجنبي بقرض ألف درهم بعد ذلك أو بدأ بالإقرار للأجنبي ثم للمولى ثم مات وترك ألفي درهم يبدأ بدين الأجنبي؛ لأن دينه أقوى على ما مر فواجد الأجنبي دينه والألف الآخر يعطى للمولى عن الكتابة دون الإقرار، لوجهين أحدهما: أن في صرفه إلى الكتابة احتيال لإثبات العتق والعتق ورثة يجب الاحتيال لإثباته ما أمكن، والثاني: أنا لو صرفناه إلى الإقرار ابتداء أبطلناه انتهاء.

وبيانه: أنه إذا صرف إلى الإقرار يظهر موت المكاتب عاجزاً فيظهر أنه مات عبداً فيبطل دين المولى عنه وبه يظهر أن الأداء كان باطلاً، فكان في الصرف إلى الإقرار ابتداء إبطاله انتهاء أما لو صرفناه إلى بدل الكتابة لا يبطل الأداء في الأجرة، فكان الصرف إلى بدل الكتابة أولى. فإن ترك المكاتب فضلاً على ألف درهم أخذ المولى الفضل على الألفين من الألف التي أقر المكاتب له بها إذا لم يكن المولى فإن كان للمكاتب ابن أو عصبة أما إذا كان المولى وارثاً كان المكاتب مقراً لبعض ورثته في مرضه وذلك باطل ولكن الفضل يكون ميراثاً بين المولى وبين ورثة المكاتب إن كان له ورثة، وإن لم يكن فالفضل كله للمولى بالعصوبة كما لو لم يقر للمولى.

وكذلك لو كان في يد المكاتب حين مرض مائة دينار فأقر بأنها وديعة عنده للمولى ثم أقر للأجنبي بدين ألف درهم ثم مات وترك ألف درهم والمائة دينار التي أقر بها لمولاه فإنه يبدأ بدين الأجنبي لما مر فينصرف الألف إليه والدنانير تباع فيقضي من ذلك أولاً بدل الكتابة لما مر فإن فضل شيء، كان الفضل للمولى بحكم الإقرار لأن بكون المولى من ورثة المولى المكاتب فحنيئذ يكون الفضل ميراثاً على ما مر.

رجل كاتب عبده على ألف درهم فأقرضه المولى ألف درهم وذلك في صحة المكاتب ثم مات وترك ألف درهم وله أولاد أحرار من امرأة، فإن القاضي يقضي بالألف للمولى من المكاتبة وليس للمولى أن يجعلها من الدين لما مر من الوجهين، فإن كان له أولاد من امرأة هي معتقه غيره، فالأب حر والأم لأولاد إلى مواليه لأن الولاء لحمة كلحمة النسب، فههنا أمكن إثباته من الأب لا يثبت من الأم، إلا أنه ما دام الأب عبداً كان إثبات الولاء إلى مواليه من الأب متعذراً، فإذا عتق الأم أمكن إثباته من الأب نحو الأب إلا ولاء إلى مواليه.

ولو ترك أكثر من ألف درهم أخذ المولى الفضل حتى يستوفي الألف التي قبضه لأنه لما مات حراً وترك أولاداً أحراراً وفيهم ذكر، ظهر أن المكاتب أقر للمولى بألف والمولى أجنبي منه، والإقرار للأجنبي صحيح، فإن بقي شيء بعد ذلك دين لمولى الأب يصرف إلى الورثة لأن الميراث هو حر عن الدين على ما عرف.

رجل كاتب عبده على ألف درهم وللمكاتب ابنان حران هما وارثاه، فمرض المكاتب وأقر لأحد الابنين بدين ألف درهم، وأقر للمولى بدين ألف درهم، ثم مات وترك ألف درهم فالمولى أحق بالألفين، يستوفي أحدهما من مكاتبه والآخر من دينه، وكان ينبغي أن يبدأ بدين الابن لأنه أقوى فإنه لا يسقط بعجزه كدين الأجنبي إلا أنا لولد بدين الابن يبقى من المولى ألف درهم يأخذها المولى من مكاتبته لا من دينه لما مر قبل هذا، وإذا أخذها المولى بجهة الكتابة يحكم بعتقه وصار الابن وارثاً له فتبين أنه حر أقر لوارثه في مرض موته فكان. . .[1] فكان في الصرف إلى الابن ابتداءً ابطاله انتهاءً أما لو صرف أولاً إلى بدل الكتابة يعتق، وتبين أنه مقر بالألف للمولى والمولى ليس وارثاً عنه فيصح إقراره له، . . . .[1] بدأنا بالصرف إلى المولى وإن ترك أقل من ألفين يبدأ بدين الابن لأن دين الابن أقوى والبداية بالأقوى أولى، إلا أن في الفصل الأول إنما يبدأ بدين الابن؛ لأن في البداية به ابتداءً إبطاله انتهاءً وهذا المعنىٰ هاهنا معدوم، لأنه إذا صرف إلى الابن ألف يبقى الباقي أقل من بدل الكتابة، فيتحقق موته عاجزاً فلا يصير الابن وارثاً له فلا يتأتى ذلك المعنى، وما فضل من الألف يكون للمولى لأنه لما مات عاجزاً رُدَّ في الرق فكان هذا كسب عبده وقد فرغ عن حاجة العبد فيكون للمولى والله أعلم.

الفصل الخامس عشر
في الكتابة الموقوفة

ذكر في «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله في رجل قال لغيره: كاتب عبدك على ألف درهم، فقال: قد فعلت، فالكتابة موقوفة، فإن بلغ العبد فقبل لزمه وإن قال: لا أقبل بطلت، فإن أدى الرجل الألف إلى المولى قبل أن يبلغ الكتابة العبد عتق، فإن أدى الرجل الألف، وإن بلغه وقال لا أقبل ثم أداها الرجل عن العبد لا يعتق.

ولو قال: كاتب عبدك على ألف درهم وأنا ضامن لها، فقال: قد فعلت كانت الكتابة موقوفة على إجازة العبد، والضمان باطل، فإن أدى على ذلك الضمان عتق العبد وللرجل أن يرجع بذلك على المولى ولا سبيل للمولى على العبد وكذلك لو كان العبد قبل الكتابة ورضي بها ثم ضمن الرجل المال عنه وأداه على ذلك الضمان كان للرجل أن يرجع بذلك على العبد.

وفي «نوادر إبراهيم» عن محمد رحمه الله: رجل كاتب عبد الغير بغير أمر صاحب العبد علىٰ ألف درهم ثم حط عنه خمسمائة فبلغ المولي فأجاز، قال: فالكتابة بالألف.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف رحمه الله: رجل كاتب عبد غيره بغير إذنه على ألف درهم فإن أدىٰ العبد الألف إليه يعني إلى الذي كاتبه ثم بلغ المولى فأجاز

(١) بياض بالأصل.

الكتابة جازت الكتابة ولا يجوز دفع المكاتب إلى الذي كاتبه ولا يعتق بذلك الدفع فإن أجاز المولي الكتابة والدفع فذلك جائز في قول أبي يوسف ويعتق المكاتب بأدائه إليه.

ولا تجوز إجازه القبض في قول أبي حنيفة رحمه الله، قال لأن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لو كان لرجل على آخر دين فاقتضاه منه رجل بغير أمر صاحبه فأجاز رب الدين لم يجز وما اكتسبه بعد الكتابة قبل الإجازة فذلك للمولى للمكاتب على كل حال والله أعلم.

الفصل السادس عشر
في مكاتبة الصغير

قال محمد رحمه الله: رجل كاتب عبداً صغيراً لا يعقل لا يجوز لأن الكتابة لا تنعقد بدون القبول والذي لا يعقل ليس من أهل القبول، فإن أدى عنه رجل لم يعتق لأن الكتابة لم تنعقد في حقه ويسترد ما أدى إلى المولى لأنه أخذ ما أخذ بغير حق وإن كان يعقل جاز لأنه من أهل القبول فإذا جازت الكتابة كان هو بمنزلة الكبير في حق جميع الأحكام.

وإذا كاتب عبدين صغيرين له كتابة واحدة وهما يعتقدان ذلك فهما في ذلك بمنزلة الكبيرين وقد مرت مسألة الكبيرين.

رجل كوتب عن عبد رضيع ورضي به المولى لا يجوز، ولكن إذا أدى الرجل بدل الكتابة يعتق العبد استحساناً، قال في «الكتاب» لوجه الاستحسان [٣٥٣ب/ ١] جعل هذا بمنزلة قول القائل إذا أديت إليَّ كذا فعبدي حر ولا يشبه هذا حال أخاطب صغيراً لا يعقل بالكتابة وأدى عنه رجل أجنبي حيث لا يعتق العبد، لأن ههنا خاطب الأجنبي بالعقد فيمكن أن يجعل معلقاً عتقه بأداء الأجنبي، وهناك ما خاطب الأجنبي فلا يمكن أن يجعل معلقاً عتقه بأداء الأجنبي والله أعلم.

الفصل السابع عشر
في غرور المكاتب وما يلزمه من العقد

مكاتب أذن له مولاه في النكاح فأتته امرأة تزعم أنها حرة فتزوجها على أنها حرة فولدت الأولاد، ثم استحقها رجل بالبينة، وظهر أنها مملوكة، فأولاده مماليك لا يأخذهم المكاتب بالقيمة عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف، وعند محمد رحمه الله وزفرهم أحرار بالقيمة يؤديها المكاتب إذا عتق.

صحة محمد رحمه الله في ذلك ما روي أن الصحابة جعلوا أولاد المغرور أحراراً بالقيمة ولم يفصلوا بين الحر والمملوك فهو عليها ولا شك أن هذا ولد المغرور كان

الغرور في حق الحر يثبت بالإجماع، وإنما يثبت الغرور في حق الحر باشتراط الحرية لا بحرية المستولد، ألا ترى أن بدون الشرط لا يثبت الغرور وقد وجد اشتراط الحرية في حق المكاتب حسب وجوده في حق الحر.

ولهما أن هذا ولد حدث بين أبوين رقيقين يجب أن يكون رقيقاً كما لو لم يوجد هذا الشرط، بيانه أن قصد القياس أن يكون ولد الأمة رقيقاً وإن كان المستولد إذا كان حراً فإنما يثبت الغرور في حقه بشرط الحرية كيلا يرق ماؤه من غير رضاه فيضرب به، وهذا المعنى لا يتأتى إذا كان المستولد رقيقاً لأنه لا يرق ماؤه بل يبقى على الحالة الأولى، وبقاؤه على الحالة الأولى لا يكون ضرراً في حقه فيعمل فيه بقضية القياس، ومن وجه آخر إن المستولد إذاكان حراً فإنما يثبت الغرور في حقه مع مراعاة حق المستحق في حال إيجاب القيمة له في الحال، وهاهنا لو أثبتنا الغرور تثبته من غير مراعاة حق المستحق للأجنبي وكان ضرر المستحق هاهنا فوق ضرر المستحق ثمة فترك القياس ثمة لا يدل على ترك القياس هاهنا، ولو كان المكاتب عالماً بحال المرأة لا يصير المكاتب مغروراً بالإجماع.

مكاتب وطىء أمة على وجه الملك بغير اليد، ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤاخذ به للحال، يريد بقوله وطئها على وجه الملك أنه اشترى جارية فوطئها ثم استحقها رجل وبمثله لو تزوج امرأة بغير إذن المولى حتى فسد النكاح ثم وطئها حتى وجب عليه العقر يؤاخذ للحال.

والفرق أنه إذا وطئها بحكم الملك فما يلزمه من الضمان مسند إلى الشراء فإنه لولا الشراء لكان هذا الوطء موجباً للحد، وإنما وجب المال دون الحد نسبة للشراء من حيث إن الشراء سبب للملك فأورث شبهة بسبب الشراء فكان وجوب المال إلى الشراء والشراء داخل تحت الكتابة، فما يكون مسنداً إليه يكون داخلاً فيها بطريق التبعية أما إذا وطئها بحكم النكاح فما يلزمه من الضمان مستنداً إلى الضمان النكاح والنكاح ليس بداخل تحت الكتابة فلا يكون مسنداً فافترقا.

وكذلك إذا وطىء المكاتب أمة اشتراها شراء فاسداً ثم ردت على البائع أخذ المكاتب بعقورها في الحال هذه الجملة من «الجامع الصغير».

وفي «الأصل» إذا وقع المكاتب على امرأة فافتضها كان عليه الحد وهذا ظاهر، فإن ادعى شبهة بأن قال تزوجتها، أو كانت أمة فقال اشتريتها، وأنكرت المرأة والمولى ذلك، يدرأ عنه الحد، ألا ترىٰ أن الحر لو ادعى مثل هذا يدرأ عنه الحدود، وإذا سقط الحد وجب المهر كما في الحر ثم مثل يؤاخذ بهذا المهر للحال، قال إن كاتب المرأة مكرهة على ذلك فإنه يؤاخذ بالمهر للحال ولا يتأخر إلى بعد العتق، لأن هذا ضمان بإتلاف لا ضمان عقد، لأن العقر لم يثبت لإنكارها.

والعبد المحجور يؤاخذ بالضمان بالإتلاف للحال وإن كان ضمان الإتلاف لما لم يثبت العقد لإنكارها، وذلك لأنه لو أخذ منه المهر كان للمولى أن يرجع عليها لأنها

استعملت عبده بغير إذنه فالاستيفاء للحال لا يقبل ولا يشتغل به، ويظهر هذا ما قالوا في المجنون إذا وقع على امرأة فوطئها إن كانت مكرهة فإنه يجب عليه المهر لأنه ضمان إتلاف لأنه وطئها من غير عقد والمجنون يؤاخذ بضمان الإتلاف كما لو أتلف مال إنسان، وإن كانت مطاوعة لا يجب عليه المهر؛ لأنه لو وجب عليه المهر كان أولى المجنون إذا كانت مطاوعته وما يلحقه من الضمان بسبب هذا الاستعمال يكون قرار ذلك عليها فلم يكن الاستيفاء مفيداً ولم يشتغل به فكذلك هذا إذا ادعى نكاحاً وأنكرت المرأة ذلك فأما إذا صدقته فإنه لا يؤاخذ بالمهر للحال سواء كانت مكرهة أو مطاوعة لأن العقد يثبت في حقهما بتصادقهما وإذا ثبت العقد في حقهما بتصادقهما لأن الضمان ضمان عقد الضمان إتلاف والمحجور لا يؤاخذ بضمان العقد للحال وإنما يؤاخذ به بعد الإذن والله أعلم بالصواب.

الفصل الثامن عشر
في المتفرقات

قال محمد رحمه الله في «الزيادات» مكاتب له ابن حر ولد من امرأة حرة، ماتت الحرة وورثها الابن عقاراً وضياعاً وصنوفاً من الأموال ثم مات المكاتب عن وفاء ولم يدع ولداً سوى هذا الولد، وقد كان أوصى إلى رجل حر، فإن الوصي يقضي مكاتبة المكاتب من تركته إن ترك عيناً يقضيهما من العين. وإن لم يترك عيناً يبيع عقاره وعروضه فيها؛ لأن الوصي قائم مقام المكاتب وقد كان المكاتب في حال حياته قضاء المكاتبة من العين ومن العروض والعقار فكذا لمن قام مقامه. وإذا قضى المكاتبة صار المكاتب حراً في آخر جزء من حياته وما بقي من مال المكاتب يكون ميراثاً لابنه، والوصي في ذلك بمنزلة وصي الحر على ابنه الكبير الغائب، وبمنزلة وصي الأم والأخ والعم يملك الحفظ، وما كان من باب الحفظ نحو بيع العروض والمنقول. وشراء الصغير ما لا بد له من الطعام والكسوة والمنقول ولا يكون له عليه ولاية ولا يملك ما كان من باب الولاية نحو بيع العقار وبيع الدراهم والدنانير وما أشبههما.

وذكر محمد رحمه الله في كتاب القسمة: أن وصي المكاتب إذا قاسم الأولاد الكبار صحت قسمته، فقد أثبت لوصي المكاتب حق القسمة مطلقاً وبذلك يدل على حق البيع مطلقاً؛ لأن القسمة حكم البيع حتى أن من صح بيعه صحت قسمته، فمن مشايخنا من قال: ليس في المسألة اختلاف الروايتين، ولكن ما ذكر في كتاب القسمة محمول على قسمة العروض والمنقول، ولكن هذا ليس بصحيح بدليل أنه ذكر في كتاب القسمة عقيب جواب المسألة، وهو في ذلك بمنزلة وصي الحر على ابنه الصغير ووصي الحر على ابنه الصغير، يملك التصرف في الكل، وكذا هذا الوصي. ومنهم من قال: في المسألة روايتان.

وجه رواية كتاب القسمة أوان عمل الإيصاء ما بعد الموت، وهو في تلك الحالة حر لأن عند أداء بدل الكتابة حكم بحريته في أخر جزء من آخر حياته، فكان وصيه بمنزلة وصي الحر على ابنه الصغير من هذا الوجه.

وجه ما ذكر هاهنا أن الحرية معلقة بشرط [٣٥٤أ/١] الأداء والأداء وجد بعد الموت والحكم. . . . . .[1] على الشرط لا يكون أمراً أولياً وإنما يصار إليه بضرورة، ولا ضرورة في الإيصاء، ولا يظهر الحكم بحريته في أخر جزء من أجزاء حياته في حق الإيصاء، فلم يكن يلزمه وصي الحر ولو ظهر حرية المكاتب في حق الأصل أداءً إلا أن هذا حر لا ولاية له، وقد اختلفت عبارة المشايخ في ذلك، حكي عن الحاكم أبي نصر محمد بن مردويه رحمه الله أنه كان يقول: بأن للولاية حكم الحرية وحكم الشيء يثبت عقيبه والحرية تثبت في آخر جزء من أجزاء حياة المكاتب، فيكون أوان ثبوت الولاية ما بعدها وما بعدها زمان الموت وزمان الموت ليس زمان الولاية.

وحكي عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله أنه كان يقول: بأن الحرية إنما تثبت في آخر جزء من أجزاء حياته في ساعة حياته لطيفة لا تسع للتصرفات فلا تتسع للولاية، لأن الولاية ليس هي إلا ملك التصرفات، فلا تثبت في زمان لا يتسع للتصرف، ولهذا قلنا لو قذفه قاذف لا يحد، لأن الحرية تثبت في وقت لا يتسع للقذف، بخلاف فساد النكاح؛ لأن ذلك حكم شيء عجب لا تشرط له القدرة فالساعة اليسيرة وإن قلت تكفي. وعبارة عامة المشايخ أن الحرية تثبت في آخر جزء من أجزاء حياته، وتلك الحالة حالة انقطاع الولاية، ولا يمكن القول بثبوت الولاية في حال انقطاع الولاية، وإذا لم تثبت الولاية للمكاتب لا تثبت لمن قام مقامه وهو الوصي، هذا وجه التقريب على العبارات كلها.

وإنما ملك الحفظ لأنه كان للمكاتب حق الحفظ في اكتسابه، فكذا لمن قام مقامه، وإذا ملك الحفظ ملك بيع العروض والمنقول من تركة المكاتب؛ لأن بيعهما من الحفظ إذا خشي عليهما التردي والتلف فأما العقار محصنة بنفسها، وكذا الدراهم والدنانير فلم يكن بيعها من الحفظ فتخص ولاية، ولم يكن للمكاتب على ولده الحر ولاية فكذا لوصيه، وفيما تركت أم هذا الصغير لا يملك الوصي شيئاً من التصرفات لما ذكرنا أن الوصي قائم مقام الموصي، والموصي حال حياته كان لا يملك شيئاً من التصرف في تركة أم هذا الصغير، العقار والعروض فيه سواء، فكذا من قام مقامه عند موته.

وكذلك لو ترك المكاتب ولداً ولد في مكاتبته أو ولد كوتب معه فقضى الوصي مكاتبته وحكم بحريته وبحرية ولده تبعاً له كان ما بقي من مال المكاتب ميراثاً لولده، ووصي المكاتب في ذلك بمنزلة وصي الحر على الابن الكبير الغائب على التفسير الذي قلنا يملك حفظ ماله، وما كان من باب الحفظ نحو بيع العروض وشراء ما لا بد للصغير

---

(١) بياض بالأصل.

منه ولا يكون له عليه ولاية ولا يمكن ما كان من باب الولاية نحو بيع العقار وما أشبهه، وهذا مشكل لما ذكرنا أن الوصي قائم مقام الموصي، وقد كان المكاتب يلي على ولده المولى في الكتابة والذي كوتب معه وينصرف في اكتسابهما ما شاء، العقار والعروض فيه سواء، فيجب أن يملك وصية ذلك أيضاً.

والجواب أن رقبة الولد المولود في كتابة المكاتب والذي كوتب مع المكاتب اعتبر ملكاً للمكاتب حكماً فلهذا عتقا بعتقه ومكاسبهما بمنزلة مكاتب المكاتب، التصرف فيما وفي مكاتبيهما بحكم الملك لا بملك الولاية، ألا ترى أن المكاتب لو زوج هذا الولد امرأة لا يجوز؟ ولو كان له عليه ولاية جاز كالحر إذا زوج ابنه الحر الصغير امرأة، وألا ترى أن المكاتب إذا أقر على هذا الولد بالدين صح وصرف كسبه إلى الدين الذي أقربه؟ ولو كان يصرفه عليه بحق الولاية لما صح إقراره بالدين عليه كإقرار الحر على ابنه الصغير صح أن يصرف المكاتب على هذا الولد بحكم الملك لا بحكم الولاية، وما لو صانه لا ينتقل الملك إلى الوصي إنما تنتقل الولاية فإذا لم يكن للمكاتب ولاية كيف تثبت لوصيته، وإن كان المكاتب أدى بدل الكتابة قبل أن يموت ثم مات وباقي المسألة بحالها: كان وصيته كامل الولاية على ولده كوصي الحر على ابنه الصغير الحر؛ لأن بالأداء عتق وكل حاله وثبتت ولايته لأنه لم يعتق عتقاً ضرورياً بل يثبت العتق بالأداء على الإطلاق، وإذا جاء الموت وهو حال عمل الإيصاء وحال نقل الولاية، وهو في هذه الحالة كامل الولاية ثبت لوصيه كذلك أيضاً، فقد اعتبر في حق الوصي حالة الموت لا حالة الإيصاء إذ لو كان المعتبر حالة الإيصاء لما ثبت الولاية لوصيه إذا لم يكن للمكاتب ولاية وقت الإيصاء.

واستشهد محمد رحمه الله في «الكتاب» لإيضاح ذلك بمسائل منها:

أن النصراني إذا أوصى إلى رجل مسلم وله ابن مسلم صغير فمات النصراني، فوصيه لا يكون وصياً لابنه المسلم، وبمثله لو أسلم ثم مات فوصيه يكون وصياً اعتباراً لحالة الموت.

ومنها العبد المحجور إذا أوصى إلى رجل وله ابن حر صغير فوهبه لا يكون وصياً لابنه، وبمثله لو أعتق العبد ثم مات كان وصيه وصياً.

ومنها أن من أوصى إلى رجل ثم أوصى إلى هذا الموصى رجل ثم مات الموصي الثاني ثم مات الموصي الأول فوصي الموصي الأول يملك التصرف في تركتين، وإن لم يكن للموصي الأول ولاية التصرف في تركة الموصي الثاني يوم الإيصاء لما كان له ولاية يوم الموت، فقد اعتبر حالة الموت في فائدة المسائل فكذا فيما تقدم.

قال محمد رحمه الله في «الزيادات»: رجل زوج ابنته البالغة برضاها من مكاتبه جاز لأنه لو زوجها من عبد يجوز فمن مكاتبه أولى والمعنى فيه أنه ليس بينهما قرابة محرمة للنكاح ولا محرمية ولا ملك ولا حق ملك فيجوز، وإن كانت البنت الصغيرة جاز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يجوز لعدم الكفاءة، والمسألة معروفة فإن مات المولى

ولم يدع مالاً سوى هذا المكاتب وتركة ابنته هذه ومولاه الذي أعتقه يريد به معتق مولى المكاتب لم يفسد النكاح لأن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك حقاً للمكاتب، فكذا لأن لا يملك بالإرث فلم تملك المرأة شيئاً من رقبة زوجها إنما ملكت بدل الكتابة، حتى جعل إعتاق الوارث مجازاً عن الإبراء عن بدل الكتابة حتى كان الولاء للميت وثبت لها حق ملك الرقبة عند العجز وكل ذلك لا يمنع بقاء النكاح، فإن طلقها المكاتب فإن كان طلاقاً رجعياً، كان له أن يراجعها، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح والرجعة في حكم استدامة الملك عندنا وحق الملك لا ينافي استدامة ملك النكاح، وإ كان الطلاق بائناً فأراد أن يتزوجها ليس له ذلك، لأنه ثبت لها في رقبة الزوج حق الملك ألا ترى أنه لا يملك المكاتب التزوج إلا برضاها، والطلاق البائن يزيل ملك النكاح، فهذا حال ابتداء النكاح، وحق الملك يمنع ابتداء النكاح.

ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن مات المكاتب بعد موت المولى وتركته ثلاثة آلاف درهم ومهرها على المكاتب ألف درهم، وبدل الكتابة ألف درهم فإنه يبدأ بالمهر لأنه أقوى من بدل الكتابة، لأنه دين من كل وجه حقيقة وحكماً، وبدل الكتابة دين تسمية لا حكماً ولأن ثبوت دين المكاتبة للمولى مع المنافي وثبوت دين الطلاق بلا منافٍ لهذا جازت الكتابة بدين الصداق ولم يجز بيبدل [٣٥٤ب/ ١] الكتابة، ويعلم أن دين الصداق أقوى والبداية بالأقوىٰ أولى ثم يستوفىٰ بدل الكتابة لأنه دين، والدين وإن ضعف فهو مقدم على الميراث ويحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته، ويكون ذلك الميراث من مولى المكاتب النصف للبنت والنصف لمعتق مولى المكاتب بحكم العصوبة لأنه مال الميت فيقسم بين بنيه وعصبته يعني هاهنا ألف أخرى يكون ميراثاً عن المكاتب لورثته كانا حكماً بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته، فيكون للبنت الربع بحكم الزوجية والباقي لمعتق مولى المكاتب بحكم العصوبة.

وإن لم تكن البنت في نكاحه فلا شيء لها من هذه الألف وهي لمعتق مولى المكاتب؛ لأنها لو ورثت ورثت بحكم الولاء، وليس للنساء من الولاء إلا من ما أعتقن أو أعتق من أعتقن، هكذا ورد الأثر عن رسول الله ﷺ[١]، وعليها عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً دخل بها، أو لم يدخل بها لأنا حكمنا بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته فانتهىٰ النكاح بينهما بالموت، فلهذا وجب عدة الوفاة.

ولو لم يمت المكاتب ولكنه عجز فسد النكاح، لأنها ملكت نصف رقبة زوجها، بيانه: وهو أن بالعجز يعود رقيقاً وينفسخ عقد الكتابة وهو المانع من الإرث، فصار نصفه للبنت بحكم عقد الكتابة بحكم الميراث ونصفه للعصبة فملكت نصف رقبة زوجها، فتوجب فساد النكاح ويسقط كل الصداق إن لم يكن دخل بها، لأن الفرقة جاءت لمعنى

(١) في الحديث: «الولاء للرجال دون النساء إلا ما كاتبن أو أعتقن»، وفي لفظ آخر: «لا ترث النساء من الولاء إلا ما اعتقن أو أعتق من اعتقن». أخرجه الدارمي في الفرائض باب ٥٢.

من قبلها قبل الدخول وهو تملكها شيئاً من رقبة زوجها، ومثل هذه الفرقة توجب سقوط الصداق.

فإن قيل: لا بل الفرقة جاءت من قبل الزوج لأن الفرقة إنما وقعت بحكم العجز والعجز معنى من جهة الزوج، قلنا: هذا فاسد لأن العجز لا يوجب الفرقة ألا ترى أن المولى لو كان حياً وعجز لا تقع الفرقة، ولكن عند العجز يرد في الرق، فتملك حينئذ شيئاً من رقبة زوجها فتقع الفرقة والتملك معاً في حقها.

وكذلك إن كان قد دخل بها ولم يكن معها وارث آخر سقط كل الصداق والفرقة الجائية من قبلها فإن الفرقة الجائية من قبلها بعد الدخول بها لا توجب سقوط شيء من الصداق لكن لأنها ملكت جميع رقبة زوجها والمولى لا يستوجب على عبده ديناً.

وإن كان معها وارث آخر مولى الأب يسقط نصف المهر لأن سقوط الصداق بعد الدخول بها باعتبار ملكها رقبة الزوج فإنما يسقط بقدر ما تملك وإذا كان معها مولى الأب فإنما تملك نصف الرقبة وسقط نصف المهر الذي هو في نصيبها ويبقى نصف الذي هو نصيب العصبة، ويقال للوارث الآخر: إما أن تبيع نصيبك بدينهما وهو نصف المهر وتقضي دينها وليس للوارث الآخر أن يحتج عليها ويقول: بأنك ملكت نصفاً فارغاً وأنا ملكت نصفاً مشغولاً فلا مساواة بيننا ولا معادلة؛ لأن من حقها أن تقول بأني ملكت النصف مشغولاً كالوارث الآخر إلا أنه حال الشغل حكم بتمام ملكي وبهذا لا يتبين أن المعادلة والمساواة لم تكن وقت الدخول في ملكهما....[1] جواز القسمة المعادلة وللمساواة وقت الدخول في الملك لأن الفرقة وقعت بعد الدخول حال حياة الزوج فلم تصر فتوفي عنها زوجها.

وكذلك الجواب فيما إذا كان في يدي المكاتب أقل من بدل الكتابة، فهذا والأول سواء في حق تحقيق عجزه فتكون رقبته مع ما في يده بينهما وبين مولى الأب نصفين، وإن كان في يد المكاتب ألف درهم مثل بدل الكتابة أو أكثر لا يقضي بعجزه ويؤخذ المال فصار المكاتبة ويحكم بالعتق وتبيعه المرأة....[1].

ولو لم يعجز المكاتب لكنه مات وترك ألف درهم فإن كان لم يدخل بها يصرف إنما يزول إلى بدل الكتابة سواء معها وارث آخر أو لا، وكذلك إن كان قد دخل بها وليس معها وارث آخر وإن كان هكذا لأن دين المهر أقوى والبداية بالأقوى أولى، إلا أن الفصل الأول والثاني بدأ بالأدنىٰ وهو بدل الكتابة لأنا لو بدأنا بالأقوى وهو المهر، بطل كله بعد ذلك لأنه لم يظهر موته عاجزاً، وموته عاجزاً يوجب بطلان كل المهر لأنه يرد في الرق في آخر جزء من أجزاء حياته، ويجزأ فيه الإرث، فتملك البنت زوجها في الفصل الثاني، وكذلك في الفصل الأول على أحد الاعتبارين، وعلى الاعتبار الآخر تملك شيئاً من زوجها فيفسد النكاح ويسقط كل المهر، أما في الفصل الأول فإن الفرقة من قبلها قبل

(١) بياض بالأصل.

الدخول بها، وفي الفصل الثاني يملكها جميع رقبة زوجها فثبت أن في البداية بالمهر إبطال كله فبدأنا ببدل الكتابة للموت حراً فيتقدر المهر ويتأكد ويستوفىٰ إن ظهر للمكاتب مال آخر، أما في الفصل الثالث لو بدأنا بالأقوى وهو المهر لا يبطل كله بعد ذلك لأنها لا تملك إلا نصف رقبة زوجها وسقوط الصداق بعد الدخول، فوجب تملكها رقبة للزوج فإذا لم تملك إلا النصف لا يسقط إلا نصف المهر، فإن بالبداية بالأقوى إبطال كله فبدأ بالمهر وظهر أنه مات عاجزاً وصار رقبته بينهما وبين مولى أبيها نصفين، كسبه كذلك فيسقط ما في هذا النصف من دين الصداق وهو نصفه، ويبقى النصف الآخر في نصيب الوارث الآخر فتأخذ هي نصف الألف ميراثاً من الدب والنصف الآخر نصيب مولى الأب إلا أنه مشغول بدينها لأن لها في نصيب مولى الأب نصف المهر خمسمائة والدين مقدم على الميراث فتأخذ النصف الآخر بمهرها، فيصير كل الألف لها، ونصف رقبة المكاتب لها والنصف لمولى الأب.

وإن كان المكاتب مات وترك أقل من ألف درهم وقد دخل بها أو لم يدخل بها ومعها وارث آخر مولى الأب أو لم يكن، فهاهنا سواء بدأنا ببدل الكتابة، أو بالمهر يظهر موته عبداً عاجزاً فبعد ذلك، إن لم يدخل بها يسقط كل الصداق سواء كان معها مولى الأب أو لم يكن لما مر، وما ترك فهو بينهما وبين مولى الأب نصفان ميراثاً عن الميت لأنه كسب عبده وإن كان قد دخل بها فإن لم يكن معها وارث آخر يسقط كل الصداق أيضاً لما قلنا، ويكون جميع ما ترك بالميراث لها، وإن كان معها وارث آخر يسقط نصف الصداق وتعقد بثلاث لما مر قبل هذا.

ولو كان المكاتب ترك ألفاً وزيادة ما بينها وبين ألفي درهم، فإن لم يدخل بها أو دخل بها ولكن ليس معها وارث آخر يبدأ ببدل الكتابة، ويحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته لما مر ويأخذ ما بقي بصداقها وتعتد بثلاث حيض لما مر، وإن كان قد دخل بها ومعها وارث يبدأ بصداقها لما مر، ثم ليس فيما بقي وفاء ببدل الكتابة، فيظهر أنه مات عبداً عاجزاً، فكان ما بقي بينها وبين مولى الأب نصفين ميراثاً عن الأب، لأنه كسب عبده.

ولو كان المكاتب ترك ألفي درهم يبدأ بدين الصداق فتأخذ هي الصداق أولاً ثم يصرف الباقي إلى بدل الكتابة لأن به وفاء ببدل الكتابة ويحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته ويكون ذلك بينهما وبين [٣٥٥أ/١] مولى أبيها نصفين ميراثاً عن الأم فعليها عدة الأب الولاء الوفاة، لأن النكاح بينهما قد انتهى بالموت حين حكمنا بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته فصارت متوفىٰ عنها زوجها.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» أم ولد كاتبها مولاها صحت الكتابة، لأن الكتابة في حقها مفيدة لأنها بالكتابة تستفيد العتق في الحال، وبالاستيلاد لا تستفيد العتق في الحال إنما استفادت عتقاً مؤجلاً إلى ما بعد الموت فإن مات مولاها عتقت بالاستيلاد؛ لأنها أم ولد مات عنها مولاها، وبطلت الكتابة لأنها عقلت وسيلة إلى الحرية

وقد حصلت الحرية بسبب آخر فتسقط الوسيلة فيسقط بدل الكتابة وفيه نوع إشكال فينبغي أن لا يسقط لأن هذا المعقود عليه عقد كتابة وصل إليها، ولهذا عتق أولادها معها وسلم لها أكسابها، فوجب أن يتأكد ما وجب عليها بالكتابة كما في سائر المعاوضات، والجواب أن الكتابة عقد معاوضة من وجه، وتعليق عتق بالأداء من وجه، فاعتبار معنى المعاوضة يوجب تأكد العمل لما وصل إليها ما هو المعقود عليه عقد الكتابة، واعتبار معنى التعليق بالشرط يوجب الانقسام متىٰ وجد العتق قبل الأداء، إلا أن المعلق بالشرط متى وجد قبل الشرط ينفسخ التعليق، والعمل بالاعتبارين جميعاً في حقهما متعذر فاعتبر نابه المعاوضة في حق أم الولد حتى لا يبطل حقها في أولادها وأكسابها وأمرها من جهة المولى ونسبة التعليق في حق المولى، فقسمنا الكتابة بالإعتاق في حق المولى لأن الفسخ جاء من جهته ليكون عملاً بالشبهين بقدر الإمكان.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» في مكاتب أدى إلى مولاه من الصدقات التي أخذها من الناس ثم عجز وصار ذلك للمولى فهو طيب للمولى، واختلفت عبارة المشايخ رحمهم الله في تخريج المسألة، بعضهم قالوا لأنه تبدل الملك فإن الصدقة كانت ملكاً للمكاتب يداً وتصرفاً ولم يكن ملك المولى ظاهراً فيه، وبالأداء صارت للمولى فيه يد الملك وبدل الملك بمنزلة تبدل العين فصار كعين آخر.

والأصل في ذلك ما روي أن بريرة كانت تهدي إلى الرسول ﷺ وهي مكاتبة ما كان يتصدق به عليها، وكان رسول الله ﷺ يقبل هديتها ويأكل وكان يقول «هي لها صدقة ولنا هدية»[1] فقد جعل تبدل الملك بمنزلة تبدل العين فعلى قول هذا التعليل إذا أباح الفقير. . . .[2] غير ما أخذ من مال الزكاة من الطعام لا يحل له لأن الملك لم يتبدل حتى يجعل ذلك بمنزلة تبدل العين.

وبعضهم قالوا: لأن الصدقة حين وقعت لا . . . .[2] فصحت، فصارت لله تعالى، لأن الصدقة إخراج المال إلى الله تعالى على ما عرف من موضعه ثم صارت ملكاً للفقير من الله تعالى قضاء لحقه بالرزق الموعود، وإذا صارت ملكاً للفقير من الله تعالى يرزقه تجدد للفقير سبب ملك بعد ما صارت صدقة، وصارت لله تعالى فأخص ذلك تبدل العين حكماً.

فعلى فرد هذا التعليل: الفقر إذا أباح للمعين عين ما أخذ من مال الزكاة من الطعام يحل؛ لأنه تبدل العين حكماً، وإليه مال الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله، هذا إذا عجز المكاتب بعد ما أدى ما أخذ من الصدقات إلى المولى.

وأما إذا عجز والصدقات قائمة في يد المكاتب لم يردها إلى المولى هل يحل

(١) أخرجه البخاري في الهبة حديث ٢٥٧٨، ومسلم في الزكاة حديث ١٠٧٤.
(٢) بياض بالأصل.

للمولى؟ لم يذكر هذا الفصل هاهنا، وذكر في «الأصل»: أنه يحل، بعض مشايخنا قالوا: هذا الجواب لا يشكل على قول محمد رحمه الله لأن عنده تبدل الملك فإنها كانت ملكاً للمكاتب والآن صار لمولاه، ولهذا قال المكاتب إذا أجر أمته ظهيراً ثم عجز يطلب الإجارة، لأنه تبدل الملك فصار كأن المؤاجر مات وصار العتق المستأخر للورثة، فتبطل الإجارة، فإذا تبدل الملك عنده يحل له الصدقة، أما مشكل على قول أبي يوسف فإن عنده لم يتبدل الملك بالعجز، ولكن كسب المكاتب كان مشتملاً على قول المولى وحق المكاتب، فحق المولى يتقرر بالعجز، وحق المكاتب يتقرر بالعتق، فإذا عجز بقدر ما كان للمولى لا أنه تحول من المكاتب إليه.

ولهذا قال إذا أجر أمته ظهيراً ثم عجز لا تبطل الإجارة وإذا لم يتبدل الملك عنده يجب أن لا يحل له الصدقة لكونه عيناً.

والجواب أنه لا خبث في نفس الصدقة لتحرم عليه، وإنما لم يحل للغني وإنها شيء أخذ الزكاة لأن فيه نوع استدلال به لأن بأخذ الصدقة تسقط الذنوب عن المتصدق فيصير المتصدق عليه كالآلة للمتصدق في تطهيره عن الذنوب، فحرم على الهاشمي لطريق التعظيم، وأما الغني فليس له أن يذل نفسه إلا عند الحاجة والضرورة، ولا حاجة فحرم على الغني والهاشمي لهذا، وهذا المعنى معدوم هاهنا فيحل، ولهذا قلنا إن ابن السبيل إذا تصدق عليه ثم وصل إلى ماله وأهله والصدقة قائمة لا بأس بأن يتناول من تلك الصدقة، وكذلك الفقير إذا تصدق عليه ثم استغنى والصدقة قائمة لا بأس بأن يتناول من الصدقة لانعدام المعنى الذي ذكرنا.

وبعضهم قالوا المولى يخلف المكاتب في أكسابه خلافة الوارث للمورث في أملاكه، والفقير إذا مات والصدقة قائمة فورثها له غني حل له أكل ذلك، وإنما لم يملكها بسبب جديد فكذا هاهنا. والوجه ما ذكرنا أن الصدقة صارت للفقير بعدما صارت لله تعالى بجهة الرزق فيخلى للفقير سبب الملك على مامر وترك ذلك بمنزلة تبدل العتق فيحل له التناول بقي فقيراً أو غنياً ويحل لغيره التناول، ثبت للفقير فيها ملك بسبب جديد بأن اشتراها أو وهب له أو لم يثبت له بأن ورثه أو أباح له هذا الفقير، تم الكتاب والله أعلم.

كتاب الولاء

هذا الكتاب يشتمل على خمسة فصول:

١ ـ في ولاء العتاقة.

٢ ـ في ولاء الموالاة.

٣ ـ في الإقرار بالولاء.

٤ ـ في دعوى الولاء والخصومة واليمين فيه.

٥ ـ في المتفرقات.

الفصل الأول
في ولاء العتاقة

وإنه يسمى ولاء النعمة وإنما سمي هذا الاسم اقتداءً بكتاب الله تعالى، قال الله تعالى: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِىٓ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب: ٣٧] قوله أنعم الله عليه أي بالإسلام، وقوله أنعمت عليه بالعتق، نزلت الآية في زيد بن حارثة مولى رسول الله ﷺ وتكلموا في سبب هذا الولاء، بعض المشايخ رحمهم الله قالوا: سببه الإعتاق واستدلوا بقوله عليه السلام: «إنما الولاء لمن أعتق»(١) وأكثرهم على أن سببه العتق على الملك وهو الصحيح ألا ترى أن من ورث قريبه حتى عتق على الملك فتقول: كل من حصل له العتق من جهة إنسان يثبت ولاء العتق منه سواء شرط الولاء أو لم يشترط أو بريء عنه، وسواء كان الإعتاق ببدل أو بغير بدل، وسواء حصل العتق بالإعتاق [٣٥٥ب/ ١] أو بالقرابة أو بالكتابة عند الأداء أو بالتدبير أو بالاستيلاد بعد الموت، وسواء كان العتق حاصلاً ابتداءً بجهة واجب ككفارة اليمين وما أشبهها لأن ظاهر قوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق» يتناول مطلق الإعتاق، وسواء كان المعتق رجلاً أو امرأة، لأن ظاهر قوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق» عام لأنه ذكر بكلمة «من» ويتعلق هذا الولاء أحكام من جملتها الإرث فنقول:

مولى العتاق من جملة الورثة عرف ذلك بالآثار والمعنى يدل عليه، ووجه ذلك أن المعتق بالإعتاق يحيي المعتق حكماً لأن الرقيق هالك حكماً ألا ترى أنه ليس بأصل الأحكام كثيرة تعلقت بالإحياء نحو القضاء والشهادة ووجوب الجمعة وأشباهها، وألا ترى أن الإمام في الكافر المقهور بالخيار إن شاء قتله وإن شاء استرقه، ولما كان الرقيق هالكاً حكماً كان الإعتاق إحياءً له حكماً، فكان المعتق بمنزلة الأم له حكماً فترث منه كما يرث الأب الحقيقي ولأجل هذا المعنى سوينا في ولاء العتاقة بين الرجل والمرأة لأن معنى الإحياء يعم الكل، وإنه مؤخر عن سائر العصبات، مقدم على ذوي الأرحام، والولاء لا يورث فيكون لأقرب الناس عصبة من المعتق، حتى لو مات مولى العتاقة وترك ابنة وابناً ثم مات المعتق فالميراث لابن المولى ولا يكون للابنة شيء. والأصل فيه قوله

---

(١) روي الحديث بطرق وأسانيد متعددة، أخرجه البخاري في الصلاة باب ٧٠، والشروط باب ٣، ١٠، ١٣، ١٧، والأطعمة باب ٣١، والفرائض باب ١٩، ٢٠، ٢٢، والطلاق باب ١٤، والكفارات باب ٨، والنكاح باب ١٨، والزكاة باب ٦١، والمكاتب باب ٥، والبيوع باب ٦٧، ٧٣، ومسلم في العتق حديث ٥، ٦، ٨، ١٠، ١٢، ١٤، ١٥، وأبو داود في العتاق باب ٢، والترمذي حديث ٢١٢٢، والنسائي في الزكاة باب ٩٩، والطلاق باب ٢٩، ٣٠، ٣١، وابن ماجه في الطلاق باب ٢٩، والعتق باب ٣، وأحمد في المسند ٢/ ١٠٠، ٦/ ٣٣، ٤٦، ٨٢، ١٣٥، ١٧٠، ١٧٢، ١٨٠، ١٩٠.

عليه السلام: «الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث»[١].

وعن هذا قال أصحابنا رحمهم الله: إذا مات مولى العتاقة وترك ابنين ثم مات أحد الابنين وترك ابناً ثم مات المعتق فميراثه لابن المعتق لا لابن ابن المعتق، وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: إذا مات مولى العتاقة وترك ابناً وأباً ثم مات المعتق ميراثه لابن مولى العتاقة، لأنه أقرب العصبات إلى المعتق. والحاصل أن الولاء نفسه لا يورث بل هو للمعتق على حاله، ألا ترى أن المعتق هو الذي ينسب بالولاء إلى المعتق دون أولاده، فيكون استحقاق الإرث بالولاء لمن هو منسوب إليه حقيقة، ثم يخلفه فيه أقرب عصبة كما يخلفه في ماله.

فرع في الأصل على ما إذا مات المعتق عن ابنين، فقال: لو مات الابنان ولأحدهما ابن وللآخر ابنان ثم مات المعتق فميراث المعتق بينهم؛ لأن الولاء لم يصر ميراثاً بين ابن المعتق بل هو باق في المعتق على حاله، ثم يخلفه فيه أقرب عصبة على ما ذكرنا، وهؤلاء في القرب إليه على السواء.

وقد طول محمد رحمه الله هذا الكلام في «الأصل» وحاصله أن وارث المعتق من هو أقرب الناس عصبة لمولى العتاقة فينظر عند موت المعتق أن مولى العتاقة لو كان حياً في هذه الحالة ومات من يومه من عصابته؟ ومن هو أقرب الناس إليه عصبة؟ فيرث ذلك الشخص من المعتق.

وكما يثبت للمعتق ولاء معتقه، يثبت له ولاء معتق معتقه حتى إن من أعتق عبداً، ثم إن العبد المعتق أعتق أمة ثم مات العبد ثم ماتت الأمة فميراث الأمة لمعتق العبد. وكذلك لو مات معتق العبد وترك ابناً عن. . . .[٢] فميراث الأمة لابن معتق العبد، لأن ولاء الأمة قد ثبت لمعتق العبد، فيكون لأقرب الناس عصبة إليه بعد موته.

والمرأة في ذلك كالرجل، يريد به أنه كما ثبت للمرأة ولاء معتقها يثبت لها ولاء معتق من الولاء معتقها، قال عليه السلام: «ليس للنساء من الولاء إلا ما اعتقن أو أعتق من أعتقن»[٣] ولو أن امرأة اشترت أباها حتى أعتق عليها ثم مات الأب عن هذه الابنة المشترية وابنه أخرى له فالثلثان لهما بحكم الفرض والباقي للمشترية بحكم الولاء ولو كان الأب أعتق عبداً بعدما عتق هو علىٰ ابنتها ثم مات الأب ثم مات معتق الأب وبقيت الابنة المشترية كان الميراث للمشترية لأنها معتقة بعتق هذا المعتق، ويرث ابن المعتق من ولد المعتق لأنه عصبة معتق ابنه، فيرث منه كما يرث من ابنه المعتق، وإذا مات المعتق عن صاحب فرض وعن معتق أو عن عصبة المعتق، فإنه يعطىٰ لصاحب الفرض أولاً فرضه ويكون الباقي للمعتق أو عصبته والله أعلم. .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٢٤٠، ١٠/ ٢٩٢، وعبد الرزاق في المصنف ١٦١٤٩، والهيثمي في مجمع الزوائد ٤/ ٢٣١، والحاكم في المستدرك ٤/ ٣٤١.

(٢) بياض بالأصل.

(٣) أخرجه الدارمي في الفرائض حديث ٣١٤٣.

نوع آخر
من هذا الفصل

قال النبي ﷺ: «ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن و أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو جررن ولاء معتقهن أو معتقن معتقهن» وبهذا كله أخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى.

وصورة جر ولاء المعتق: امرأة اشترت عبداً فتزوج العبد بمعتقة قوم بإذن المرأة وحدث لهما أولاد فولاء الولد يكون لموالي الأم؛ لأنه تعذر إثباته لجانب الأب لكون الأب عبداً فشدته من جانب الأم، فلو أن هذه المرأة أعتقت هذا العبد جر العبد ولاء الولد إلىٰ نفسه، وجرّت هي ذلك إلى نفسها وهذا لأن الأصل في ولاء الولد الأب لأن الولاء لحمة كلحمة النسب، وإنما ثبت الولاء للولد في هذه الصورة من موالي الأم لعجزنا عن إثباته من الأب لكونه عبداً، فإذا أعتق الأب ارتفع العجز فيجب إثباته من الأب، كما في حقيقة النسب إذا أكذب الملاعن نفسه.

وصورة جر ولاء معتق المعتق: رجل اشترىٰ عبداً وأعتقه ثم إن هذا العبد المعتق اشترىٰ عبداً ثانٍ، العبد الثاني تزوج بمعتقه قوم بإذن مولاه وحدث له منها أولاد، فإن ولاء ولده. ثم جر المعتق الأول ذلك إلى نفسه ثم جرت المرأة ذلك إلى نفسها فلأن يجر ولاء الولد بلا خلاف.

وأما الجد فهل يجر ولاء حافده ففي ظاهر رواية أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ لا يجر سواء كان الأب حياً أو ميتاً، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يجر وصورة ذلك: عبد تزوج معتقة قوم وحدث له منها أولاد ولهذا العبد أب حي فأعتق الأب بعد ذلك وبقي العبد عبداً على حاله ثم مات العبد وهو أب هذا الولد ثم مات الولد ولم يترك وارثاً يجر ميراثه، كان ميراثه لموالي الأم ولو حتى كان عقله على موالي الأم عند علمائنا رحمهم الله، ولم يجر الجد ولاء حافده إلى مواليه، وإنما كان كذلك لأن تعذر إثبات الولاء من الجد لما ذكرنا أن الولاء ألحق بالنسب شرعاً، والنسب إنما يثبت من الجد إذا ثبت من الأب، ألا ترىٰ أن نسب ولد الزنا إذا لم يثبت من الزاني لا يثبت من الجد؟ وهاهنا لا يثبت ولاء الولد من الأب لكونه عبداً فلا يثبت من الجد.

ثم الأب إذا أعتق إنما يجر ولاء الولد إلى نفسه إذا لم يجر على الولد عتق مقصود أما إذا جرى عليه عتق مقصود ولاء. ولهذه المسألة صور كثيرة منها. عبد تزوج بأمة قوم فحدث له منها ولد فأعتق الولد كان [٣٥٦أ/١]] ولاؤه لموالي الأم فإن أعتق الأب بعد ذلك فالأب لا يجر ولاء الولد إلى نفسه بل يكون الأم على حاله.

ومنها عبد تزوج بأمة رجل وولد له منها ولد ثم إن مولى الأمة أعتق الأمة والولد، ثم إن مولى العبد، أعتق العبد. ففيها: إذا كانت الأمة حبلى حين أعتق مولى العبد والعبد مولى الأمة الأمة والولد(١) ولم يكن بها حبل ظاهر ولكن جاءت بالولد لأقل من ستة

(١) كذا العبارة في الأصل.

أشهر حين أعتق المولى، وهذا لأن الجنين بإعتاقه يصير معتقاً مقصوداً، لأنه في حكم العتق كشخص على حدة فهو والمنفصل سواء. وإذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر، فقد تيقنا بوجوده في البطن وقت الإعتاق، فهذا وما لوكان الحبل ظاهراً سواء، وهذا لأنه متى جرى، على الولد عتق مقصود فقد صار الولد أصلاً في الولاء، وبعدما صار أصلاً في الولاء لا يمكنها أن تجعله تابعاً لغيره في الولاء إلا بعد أن يفسخ ما نبدله من الولاء لأنه لا يتصور أصلاً وتبعاً في الولاء والفسخ متعذر لأن فسخه يفسخ سعيه وهو العتاق، وفسخ العتاق متعذر، لما تعذر فسخ ما ثبت له من الولاء تعذر جعله تابعاً لابنه في الولاء.

وهذا بخلاف ما لو لم يجر على الولد عتق مقصود حيث عتق الأب، فإنه يجر ولاء الولد إلى نفسه وقد ثبت ولاؤه من الأم بسبب حرية الأم والحرية لا تقبل الفسخ لأن هناك لم يثبت للولد ولاء نفسه بل كان تابعاً في الولاء للأم فاحتجنا إلى نقل ذلك الولاء إلى الأب، وبعد ما نقل ذلك الولاء إلى الأب يكون تابعاً في الولاء أيضاً أما إذا ثبت له ولاء نفسه مقصوداً لا يمكن إثباته لغيره إلا بعد فسخ ما ثبت له، وفسخ ما ثبت له متعذر، فلهذا افترقا.

فرع على ما إذا تزوج العبد بأمة الغير فقال إذا طلقها زوجها أو مات عنها ثم إن مولاها أعتقها ثم جاءت بولد مستبين ولم تقر هي بانقضاء العدة بل ادعت الحبل، ثم إن مولى العبد أعتق العبد فالولد مولى مولى الأم لأن هذا الولد صار معتقاً بإعتاق الأم مقصوداً، لأن وجوده في البطن وقت إعتاق الأم ثابت من حيث الحكم، لأن إعتاق الأم إتحاد وجد بعد الموت وبعد الطلاق الثاني وقد حكمنا بوجود هذا الولد قبل الموت وقبل الطلاق الثاني حتى حكمنا. . .[1] من نسبة هذا الولد؛ وهذا لأن الحبل ليس بقائم في العبد عن موت أو طلاق ثان فيحال بالعلوق إلى أبعد الأوقات، ليمكننا إثبات النسب، وذلك ما قبل الموت والطلاق فهو معنى قولنا إن وجود هذا الولد في البطن وقت إعتاق الأم ثابت من حيث الحكم، بخلاف ما إذا أعتق الأم حال قيام النكاح ثم جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً وباقي المسألة بحالها، فإن هناك نجعل الولد مولى لموالي الأب، وإن كان من الجائز أن يكون هذا الولد موجوداً قبل الإعتاق، لأن هناك لم يوجد دليل يدل على وجوده قبل الإعتاق، فلم يصر معتقاً بإعتاق نفسه مقصوداً أما هاهنا بخلافه.

وكذلك إن كانت معتدة عن طلاق رجعي، وقد جاءت بالولد إلى سنتين وباقي المسألة بحالها كان الولد مولى لمولى الأم، لأنا حكمنا بوجود هذا الولد قبل الطلاق، لأنا لو لم نجعل كذلك لا يمكننا إثبات النسب إلا بعد إثبات المراجعة، ولا يمكن إثبات المراجعة بالشك، فحكمنا بوجوده قبل الطلاق ليمكننا إثبات النسب من غير أن تثبت المراجعة بالشك، حتى لو جاءت بالولد في هذه الصورة لأكثر من سنتين كان الولد مولى

---

(١) بياض بالأصل.

لموالي الأب، وتثبت المراجعة لأنا تيقنا أن العلوق به حصل قبل الطلاق، وهذا الذي ذكرنا إذا لم تقر المرأة بانقضاء العدة.

وإن أقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر بعد الإقرار بانقضاء العدة ولتمام سنتين منذ يوم طلق، فإن ولاء الولد لموالي الأم، لأن الإقرار بانقضاء العدة لم يصح لأنها أقرت به وهي حامل فصار وجود هذا الإقرار والعدم بمنزلة.

وإن جاءت به لأكثر من سنتين منذ يوم طلق كان ولاء الولد لموالي الأم لأنا لم نتيقن بوجوده في البطن يوم أعتقت، ولم يصر مقصوداً بالإعتاق مع الشك.

ولو أن عبداً تزوج بأمة رجل ثم إن مولى الأمة أعتق الأمة ثم ولدت بولد فإن ولاء الولد لموالي الأم، فإن أعتق هذا الولد أمه فولاء هذه الأمة لموالي الأم، لأنه ثبت ولاء تتخذه الأمة للولد، وما ثبت للولد يثبت لمواليه، وموالي الولد موالي الأم، فإن أعتق الأب بعد ذلك جر ولاء كلهم حتى يكونوا موالي لموالي الأب لأنه جرّ ولاء الولد فيجرّ ما يثبت للولد بطريق التبعية، لأنه بناء عليه.

نوع آخر

إذا مات الرجل وترك مالاً ولا وارث له، فادعى رجل أنه وارثه بالولاء وشهد شاهدان أن الميت كان مولاه ووارثه، القاضي لا يقضي بشهادتهما حتى يفسر المولى لأن المولى اسم مشترك قد يجيء بمعنى الناصر قال الله تعالى: ﴿وَأَنَّ ٱلْكَٰفِرِينَ لَا مَوْلَىٰ لَهُمْ﴾ [محمد: ١١] أي لا ناصر لهم، وقد يجيء بمعنى ابن العم قال الله تعالى: ﴿وَإِنِّي خِفْتُ ٱلْمَوَٰلِيَ مِن وَرَآءِى﴾ [مريم: ٥]، وقد يكون بالعتق، وقد يكون بالموالاة، فلا يثبت عند القاضي كون المدعي وارثاً.

وكذلك إذا شهد أن هذا مولاه مولي عتاقه، لأن اسم مولى العتاقة كما يتناول الأعلى يتناول الأسفل، والأسفل لا يرث من الأعلى إلا على مذهب الحسن بن زياد رحمه الله، وبعد الشاهدان اعتقدا مذهب الجر وشهدا لوارثه بناء على ذلك، فلا يثبت عند القاضي كونه معتقاً ووارثاه بهذه الشهادة وإن شهدا أن هذا الحي أعتق الميت وهو يملكه وأنه وارثه لا يعلمون له وارثاً غيره تقبل شهادتهما، وقضي بالميراث للمدعي لأنهما فسرا ما يثبت كون المدعي معتقاً ووارثاً، فقد شرط لقبول الشهادة أن يقولوا: أعتقه وهو يملكه، وإنه شرط لازم، لأن الإعتاق بدون الملك لا حكم له أصلاً، وشرط أن يقولوا وهو وارثه وإنه شرط لازم، لأن مولى العتاقة يصير محجوباً بعضه من جهة النسب. . .(١)، وشهادتهم أنه أعتقه لا يثبت عند القاضي كونه وارثاً.

وكذلك لو شهد أن الميت كان مقراً لهذا المدعي بالملك والمدعي أعتقه، لأنه لو ثبت إقرار الميت بالرق للمدعي عند القاضي وثبت إعتاق المدعي إياه عنده معاينة كان يقضي له بميراث الميت، فكذا إذا ثبت ذلك بالبينة.

---

(١) بياض بالأصل.

ولو شهدا أن أب المدعي هذا أعتق أب الميت هذا وهو يملكه ثم مات المعتق وترك ابنه هذا، وهو المدعي ثم مات المعتق، وترك ابنه هذا الميت، وقد ولد من امرأة حرة قضى بالميراث للمدعي، لأن المعتق لو كان حياً ميراث ابن معتقه له، فإذا كان ميتاً كان ميراثه لأقرب العصبات إلى المعتق وهو ابنه المدعي هذا ويشترط في «الكتاب» أن يكون ابن المعتق من امرأة حرة لأنه لو كان من أمة، وقد أعتقه من مولى الأمة يكون ميراثاً لموالي الأمة، على ما مر قبل هذا، يشترط أن يكون من امرأة حرة ليكون ميراثه لموالي [٣٥٦ب/ ١] الأب ولو شهدا بهذا ولكن ولاء لم يدرك أب هذا المدعي المعتق ولكن قد علمنا ذلك فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة لأنهما شهدا على الولاء بالسامع، والشهادة على الولاء بالسامع لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله ولو مات رجل فادعا رجل ميراثه فأقام شاهدين شهدا أنه أعتق أم هذا الميت وأنها ولدته بعد ذلك بمدة من عبد فلان، وأن أباه مات عبداً وماتت أمه، ومات هو، ولا يعلم له وارث سوى معتق أمه هذا المدعي قبل القاضي شهادتهما وقضى له بالميراث، فإن جاء مولى الأب وأقام البينة أنه أعتق الأب قبل أن يموت هذا الولد وهو يملكه، وأنه وارثه لا يعلم له وارث غيره قضى القاضي بالميراث لمولى الأب لأن مولى الأب أثبت جر الولاء إليه بإعتاق الأب بعد إعتاق الأم وتبين أن القاضي أخطأ في القضاء بالميراث لوالي الأم.

ولو مات رجل واختصم رجلان في ميراثه، وأقام كل واحد بينة أنه أعتق الميت، وهو يملكه وأنه وارثه لا وارث له غيره ولم توقت البينتان وقتاً قضى بالميراث بينهما لأنهما استويا في الدعوى والحجة ولم يتيقن القاضي بكذب إحدى البينتين لجواز أن كل واحد من الفريقين عاين سبباً مطلق به أو الشهادة وهو التصرف في العبد وإعتاق العبد بعد ذلك، والمشهود بهما يحتمل الاشتراك فيقضىٰ بينهما نصفان كما في الأملاك، هذا إذا لم توقت البينتان فإن وقتا وقت إحداهما يسبق قضى لأسبقهما وقتاً اعتباراً للثابت بالبينة بالثابت عياناً، ولوكان جاء أحد المدعيين أولاً وأقام البينة أنه أعتق الميت وهو يملكه وقضى القاضي ببينة ثم جاء المدعي الآخر وأقام البينة أنه أعتق الميت فالقاضي لا يقضي للثاني ولو جاءا معاً وادعيا وأقاما البينة على دعواهما قضى بالولاء بينهما، والفرق أنه إذا قضى بالعتق من أحدهما وبالولاء له، فلا ينفذ قضاؤه ظاهراً فلو قضى للثاني بعد ذلك يحتاج إلى فسخ العتق عن الأول في النصف، والعتق النافذ لا يحتمل الفسخ، وأما إذا جاءا معاً لا يحتاج إلى فسخ العتق في شيء لأنه لم يقض بالعتق بعد، وإنما يحتاج إلى القضاء بالعتق والولاء بينهما، وأنه متصور بأن يكون العبد بينهما أعتقاه.

وإذا ادعىٰ رجل أن أباه كان أعتق هذا الميت وهو يملكه وأنه لا وارث لأبيه ولا لهذا الميت غيره وجاء بابني أخيه شهدا لا تقبل شهادتهما على ذلك، لأنهما يستفيدان بجديهما، لما بينا أن الولاء للمعتق على حاله وللرق له بطريق العصوبة على أن يخلفه فيه أقرب عصبة وشهادة النافلة للجد لا تقبل، وكذلك شهادة بني المعتق لا تقبل لأنهما

يشهدان لأبيهما، وكذلك شهادة زوجة المعتق لا تقبل لأنها تشهد لزوجها، وإذا مات الرجل عن بنين وبنات فادعى رجل أن أباه أعتق هذا الميت وهو يملكه، وشهد ابنا الميت بذلك وادعى رجل آخر أن أباه أعتقه وهو يملك وأقرت ابنته بذلك فإنه يقضى بالولاء لصاحب الشهادة لأن في جانبه البينة وإنها حجة في حق الناس كافة وفي جانب الآخر إقرار الفرد والإقرار حجة في حق المقر دون غيره، وإن شهد للآخر ابن آخر للميت وابنان له قضى بالولاء بينهما نصفان لأن في جانب كل واحد منهما البينة.

ولو ادعى رجل من الموالي على رجل من العرب أنه مولى هذا العربي وأن أب هذا العربي أعتق أباه وجاء المدعي بأخويه لأبيه يشهدان بذلك والعربي ينكر، فإن شهادة الابنين لا تجوز لأنهما يشهدان لأبيهما ولأنفسهما لأن لهما في هذه الشهادة منفعة، فإنه متى ثبت ولاء أبيهم من العربي يثبت ولاؤهم من العربي أيضاً، وفي إثباتهم إلى العرب شرف لهم، فصارا شاهدين لأبيهما ولأنفسهما من هذا الوجه وإن شهد بذلك أجنبيان قبلت شهادتهما، لأنها شهادة أجنبي قامت على أجنبي، وللمشهود له في إثبات ما ادعاه فائدة لأن في الإثبات إلى العرب شرف بهم، ولو كان العربي يدعي الولاء في هذه الصورة والابن ينكر قبلت شهادة أخويه، لأن إنكار الابن كإنكار الأب لو كان حياً، ولو كان الآخر حياً وأنكر تقبل شهادة ابنيه بذلك؛ لأنهما يشهدان على أبيهما بالولاء للعربي ولا تهمة في هذه الشهادة فتقبل.

وإذا مات رجل فأخذ رجل ماله وادعا أنه وارثه لا وارث له غيره، وأن لا آخذ المال من يده، ولا أضعه في بيت المال، وهذا لأن اليد للمدعي من حيث الظاهر إذا لم ينازعه أحد حين ما أخذ من الآخذ. . . .[1] إلى نقضه واليد لا تنقض إلا بحجة ألا ترى لو كان الإمام أخذه أولاً ووضعه في بيت المال، ثم جاء غداً وادعى أنه وارثه لا يقضي له بالمال إلا بالبينة، لأن اليد لبيت المال من حيث الظاهر، وهذا المدعي يريد نقض يد بيت المال، فلا ينتقض إلا بحجة كذا هاهنا.

فإن جاء رجل آخر وادعى أنه أعتق الميت وهو يملكه وأنه لا وارث له غيره، وأقام على ذلك بينة وأقام الذي في يديه بينة لمثل ذلك قضى بالمال بينهما نصفان، وكان ينبغي أن يقضي بالمال بينهما لأن أحدهما جاء ببينة في المال والآخر صاحب اليد، فإما أن يجعل هذا كبينة ذي اليد مع الخارج في الملك المطلق، فيقضي ببنية الخارج أو يجعل هذه كبينة ذي اليد مع الخارج في دعوى باقي الملك من الواحد فيقضي ببينة ذي اليد أما القضاء بينهما نصفان فلا وجه له، والجواب عن هذا أن يقال بأن كل واحد منهما ببينة يثبت الولاء لأنه هو المقصود في هذه الدعوى واستحقاق المال ينبني عليه، وهذا لأن الولاء حق مقصود يمكن إثباته بالبينة وإن لم يكن ثمة، قال: وإنما يثبتان الولاء على الميت وهما في إثبات ذلك على السواء، والولاء ليس شيئاً يرد على من عليه اليد لتغيير

(١) بياض بالأصل.

أحدهما خارجاً فيه، والآخر صاحب يد، بل هو كلاهما خارجاً فيه فيقضي به بينهما، ولئن سلمنا أن المال مقصود في هذه الدعوى إلا أنهما ادعيا تلقي الملك فيه، ومن جهة الواحد وهو الميت وهما في دعوى التلقي على السواء ولا رجحان لأحدهما على الآخر، بخلاف ما لو ادعىٰ تلقي الملك من جهة واحدة بالشراء، وأحدهما صاحب اليد لأن هناك لصاحب اليد رحجاناً على الخارج، لأن يده تدل على سبق شرائه الذي هو السبب المتعين للملك أما هاهنا يد صاحب اليد لا تدل على إعتاقه فضلاً من سبقه وكان السبب هناك يتأكد بالقبض فذو اليد يثبت شراءاً متأكد بالقبض فكانت بينته أكثر إثباتاً، أما هاهنا السبب وهو الإعتاق ولا يتأكد ولا تأثير لليد على المال، في تأكيد الإعتاق فلم تكن بينة ذي اليد أكثر إثباتاً فلهذا قضي بينهما. [٣٥٧أ/١] وإذا مات رجل وترك مالاً ولا يُعلم له وارث، فادعى رجل من المسلمين أنه أعتق الميت وهو يملكه وأنه مات مسلماً وأنه وارثه لا وارث له غيره وأقام على ذلك شاهدين مسلمين، وادعى رجل من أهل الذمة أنه أعتق الميت وهو يملكه، وأنه مات كافراً وأنه وارثه لا وارث له غيره، وأقام على ذلك شاهدين مسلمين، قضى القاضي بالولاء بينهما نصفين لأنهما استويا في الدعوى والحجة، فإن أقام كل واحد منهما من الشهود حجة على صاحبه فيجب القضاء بالولاء بينهما لكن نصف الميراث يكون للمسلم ونصفه يكون لأقرب الناس عصبة إلى الذمي، لأنا حكمنا بإسلامه ببينة المسلم، وهذا لأن بينه المسلم توجب إسلام الميت، وبينة الذمي توجب كفره، والعمل بهما متعذر فلا بد من العمل بإحداهما فكان العلم بما يوجب الإسلام أولى.

وإذا عملنا ببينة المسلم في إسلامه صار. . .[1] إسلامه وغائباً إعتاقهما، وهناك يقضىٰ بالولاء بينهما، وإذا مات يكون نصف الميراث للمسلم، والنصف الآخر لأقرب الناس إلى الذمي عصبه لأن الإرث يجب بالنسب، ولكل واحد منهما نصف ولاية فيكون لكل واحد نصف ميراثه إلا أن الذمي لا يرث المسلم فيجعل كالميت فيكون نصيبه لأقرب الناس إليه عصبته.

وإن كان الشهود من الجانبين من أهل الذمة فإنه يقضي بولائه وميراثه للمسلم ويحكم بإسلامه لأن بينة الذمي ليس بحجة على المسلم، وبينة المسلم حجة على الذمي فكأن الذمي لم يقم البينة.

فإن قبل ينبغي أن لا يقضي ببينة المسلم أيضاً، لأن بينته من أهل الذمة، وقد قامت على المسلم وهو الميت باستحقاق الميراث وشهادة أهل الذمة على المسلم ليس بحجة. قلنا: الاستحقاق بشهادة المسلم يقع على الذمي المدعي لا على المسلم الميت، وذلك لأن الميت بالموت استغنى عن ماله وصار ماله بحيث يستحقه الذمي ببينته لولا بينة المسلم فيجعل المسلم، بهذه البينة مستحقاً على الذمي المدعي لا على المسلم الميت.

وإذا اختصم مسلم وذمي في ولاء رجل قد ادعى كل واحد منهما أنه أعتقه وهو

---

(١) بياض بالأصل.

يملكه وأيضاً تاريخ إحداهما أسبق، وأقاما على ذلك شهوداً من المسلمين، قضى لأسبقهما تاريخاً، لأنه أثبت عتقه في وقت لا منازع له فيه فلا بد من القضاء بالملك له، وبالعتق منه، في ذلك الوقت ولا يتصور ملك الآخر وعتقه بعد ذلك.

وإن كان شهود الذمي من أهل الذمة، والعبد المعتق كافر قضى ببينة المسلم وإن كان الذمي أسبقهما تاريخاً؛ لأن بينة الذمي ليست بحجة على المسلم فكأن الذمي لم يقم البينة أصلاً.

عبد في يد رجل من أهل الذمة أعتقه هذا الذمي فادعاه مسلم أنه عبده وأقام على ذلك بينة من المسلمين، أو أقام الذمي بينة من المسلمين أنه أعتقه وهو يملكه قضيت ببينة الذمي، لأن دعوى العتق بمعنى دعوى النتاج، لأن العتق لا يحتمل الفسخ بعد وقوعه كالنتاج، وذو اليد متى ادعى النتاج، والخارج يدعي الملك المطلق يقضي ببينة ذي اليد، كذا هاهنا.

ولو كان شهود الذمي قوماً من أهل الذمة وشهود المسلم اثنين مسلمين قضيت بكونه عبداً للمسلم وأبطلت العتق؛ لأن بينة الذمي ليست بحجة على المسلم فكأن الذمي لم يقم البينة أصلاً، وإن كان شهود المسلم من أهل الذمة والعبد مسلم، وشهود الذمي من أهل الذمة أيضاً فإنه يقضي بعتق العبد من جهة الذمي ولا يقضي بكونه عبداً للمسلم، لأن شهادة المسلم قامت على إثبات الملك والرق على العبد المسلم. وشهادة الذمي قامت على إثبات العتق للعبد المسلم فالعتق مما ينتفع به المسلم، والرق يتضرر به. وشهادة أهل الذمة مقبولة فيما ينتفع به المسلم إنما لا يقبل فيما يتضرر به المسلم والله أعلم.

نوع
آخر في وقف الولاء

رجل اشترى عبداً من رجل ثم إن المشتري شهد أن البائع كان أعتقه قبل أن يبيعه، فالعبد حر وولاؤه موقوف إذا كان البائع يجحد ذلك؛ لأن المشتري يقر بالولاء لبائعه وبائعه تبرأ منه، فإن صدق البائع المشتري بعد ذلك لزمه الولاء ورد الثمن على المشتري، وهذا ظاهر. وكذلك إن صدق المشتري ورثة البائع بعد موت البائع، فهذا وما لو صدق البائع المشتري ورثه البائع في حياته سواء. وهذا استحسان، والقياس أن لا يعتبر تصديقهم في الإقرار بالولاء، لأنهم يلزمون الميت ولاء ليس لهم من الولاية، وفي حق رد الثمن يعتبر تصديقهم لأن رد الثمن يجب من التركة، والتركة حقهم. ولكن استحسن واعتبر تصديقهم في جميع ذلك لأنهم قائمون مقام المورروث فكان تصديقهم كتصديق المورث.

وإن أقر المشتري أن البائع قد كان دبره فهو موقوف، فإن مات البائع بعد ذلك عتق العبد؛ لأن المشتري مالكه ظاهراً أو قد أقر أن عتقه معلق بموت البائع ويكون ولاؤه موقوفاً، فإن صدق ورثة البائع المشتري، يعتبر تصديقهم في حق لزوم الولاء للبائع، وفي حق رد الثمن استحساناً على نحو ما بينا في العتق.

عبد بين رجلين شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعتق، فالعبد يخرج إلى الحرية بالسعاية ويسعى لهما موسرين كانا أو معسرين، أو كان أحدهما معسراً والآخر موسراً أو يكون الولاء بينهما لأن العبد عتق عليهما فيكون الولاء بينهما، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وعلى قولهما العبد حر وولاؤه موقوف بينهما؛ لأن كل واحد منهما يعد أن العبد كله عتق على صاحبه، وجميع الولاء له، وصاحبه ينكر.

أمة بين رجلين شهد كل واحد منهما أنها ولدت من صاحبه، وصاحبه ينكر فإن الجارية تكون أم ولد له موقوفة لأنهما تصادقا على كونها أم ولد، فإن في زعم كل واحد منهما أن نصيبه من الجارية صار لصاحبه وصارت أم ولد له وهذا أقر عليه، وزعم كل إثبات فيما عليه معتبر وتكون موقوفة لأن كل واحد منهما يقر لصاحبه، وصاحبه يتبرأ عنها فتكون موقوفة إلى أن يموت أحدهما، فإذا مات أحدهما عتقت ويكون ولاؤها موقوفاً بلا خلاف.

وإذا كانت أمة لرجل معروفة أنها له فولدت عند غيره ولداً فقال رب الأمة للمستولد: بعتكها بألف درهم، وقال المستولد: لا بل زوجتنيها بمائة فإن الجارية تصير أم ولد موقوفة لأن المولى يقول: بعتها من المستولد والمستولد استولد ملك نفسه فيثبت لها حق العتق والمستولد يقول: ما اشتريتها وهي ملك المولى وقد أقر لها المولى بحق الحرية ونفذ إقراره فقد تصادقا على ثبوت حق الحرية لها فصارت بمنزلة أم الولد وتكون موقوفة لا يستخدمها أحد ولا يطؤها ولا يبيعها [٣٥٧ب/ ١] لأن أب الولد تبرأ عنها بإنكارها الشراء، والمولى تبرأ عنها بادعائه البيع على المستولد، والولد حر لأنهما اتفقا على حريته، فإن مات المستولد عتقت الجارية، لأن مولاها قد أقر بعتقها عند موت المستولد، والمستولد إن كان مقراً تبعاً وإقراره فقد تصادقا على عتقها عند موت المستولد وولاؤها موقوف لأب كل واحد منهما يبيعه عن نفسه ويأخذ البائع العقر من أب الولد قصاصاً بالثمن؛ لأنهما تصادقا على وجوب هذا المقدار.

وإذا أقر الرجل أن أباه أعتق عبده في مرضه أو صحته ولا وارث له غيره فولاؤه موقوف في القياس ولا يصدق على الأب؛ لأن الولاء بمنزلة النسب، ثم النسب لا يثبت من الميت بإقرار أحد الورثة، فكذا الولاء، في الاستحسان الولاء يكون للابن فلا يكون موقوفاً لأنه لا يخلو، إما أن كان الابن صادقاً فيما قال، أو كان كاذباً، إن كان صادقاً كان الولاء له لأن ما كان له ابن تصير له بعد موت الأب، وإن كان كاذباً يعتبر هذا إنشاء عتق في حق العبد ويكون ولاؤه له فكيف ما دله من. . .[1] يكون ولاؤه له، حتى لو مات العبد فإن الابن يرثه.

ولم يذكر محمد رحمه الله في كتاب الولاء أن عاقلة الأب هل تعقل عنه ومشايخنا رحمهم الله فصار الجواب فيه تفصيلاً فقالوا: إن كان عصبة الابن وعصبة الأب واحداً

---

(١) بياض بالأصل.

بأن أعتقها رجل واحد وقوفهما من حي واحد كان عقله على عاقلة ابنه لأنه يملك إلزام العقل عليهم بإنشاء العتق، فإنه لو أعتق عبداً كان عقل معتقه عليهم فيملك ذلك بالإقرار أيضاً، فأما إذا كان عصبة الابن غير عصبة الأب بأن أعتق الأب رجل وأعتق الابن رجل آخر لا يكون عقله على عاقلة الأب لأنه لا يملك إلزام الولاء عليهم بإنشاء العتق فلا يملك بالإقرار أيضاً فيكون العقل موقوفاً، فصار الجواب في حق العقل على التفصيل في الميراث لا يفصل بل الميراث للابن على كل حال هذا إذا لم يكن مع الابن مقر وارث آخر.

فأما إذا كان معه وارث آخر وقد كذبه في هذا الإقرار كان للمكذب أن يستسعي العبد في حصته، لأن إقرار أحدهما يعتق ابنه كإقراره يعتق صاحبه، ولو أقر أن صاحبه أعتق العبد وصاحبه ينكر فالعبد يسعى للمنكر والعبد يسعى للمشهود عليه بلا خلاف، فإنما الخلاف في حق الشاهد، وهنا المكذب مشهود عليه ويسعى في حصته ثم عند أبي حنيفة رحمه الله. ولأهل النصف الذي هو حصة المستسعىٰ للمستسعي لأنه يدعيه عنه ويزعم أنه عتق على ملكه بأداء السعاية وولاء النصف الذي هو حصة المقر للميت، كما لو كان الكل له وأقر أن الأب أقر، وعندهما ولاء النصف الذي هو حصة المقر للميت وولاء النصف الذي هو حصة المستسعى موقوف؛ لأن عندهما العتق لا يتجزأ فقد زعم المستسعي أن كل العبد عتق على المقر بإقراره والولاء للمقر والمقر. . . .(١) عنه فيكون موقوفاً على قولهما لهذا.

فإن قيل: على قولهما لما أقر المستسعي بولاء نصيبه لصاحبه وصاحبه مقر بأن الولاء للميت ينبغي أن يثبت كل الولاء من الميت ولا يكون نصيب المستسعي موقوفاً. قلنا: لو أثبتنا كل الولاء من الميت فقد حكمنا أن كله عتق من جهة الميت وذلك يسقط حق المستسعي في السعاية فلإبقاء حقه في السعاية جعلنا هذا النصف موقوفاً، وفي موضع قلنا: يتوقف الولاء إذا مات المعتق فميراثه يوضع في بيت المال؛ لأن هذا مال له مستحق إلا أنه غير معلوم، وكل مال هذا حاله يوضع في بيت المال إلى أن يظهر له مستحقه كاللقطة وعقله على نفسه لا يعقل منه بيت المال، لأن بيت المال ليس عاقلة؛ لأنه لا يرث منه، وهذا لأن بيت المال إنما يرث إذا لم يكن الميت مولى أحد، وقد تيقنا أن هذا الميت مولى أحد، وإذا لم يرثه بيت المال لا يعقل عنه أيضاً.

نوع آخر

في رجل أعتق عبداً ذميّاً أو مسلماً فولاء العبد له، فإن مات المعتق إن مات على الكفر فميراثه للذمي المعتق لأن الذمي يرث من الذمي بالنسب، فكذا بالولاء الذي هو لحمة كلحمة النسب، وسواء كان المعتق يهودياً والمعتق كذلك أو كان أحدهما يهودياً والآخر نصرانياً أو مجوسياً وإن كان المعتق مسلماً أو كان كافراً إلا أنه أسلم ثم مات

(١) بياض بالأصل.

فميراثه لبيت المال، وهذا إذا لم يكن للذمي المعتق عصبة من المسلمين.

قال: وعقله على نفسه لأنه تعذر إيجابه على بيت المال لأن بيت المال ليس عاقلة مولاه فلا يكون عاقلته، وتعذر إيجابه على المعتق وعاقلته؛ لأن العقل إنما يكون بالتناصر والتناصر في غير العرق إنما يكون باتفاق المسألة، فيتعين أن يكون عليه، وإن كان للذمي المعتق عصبة من المسلمين كان ميراث المعتق له.

نصراني من بني تغلب أعتق عبداً مسلماً له ثم مات العبد ميراث العبد لأقرب العصبات إلى المعتق من المسلمين وعقله على مسألة المعتق وإن كان المعتق كافراً.

فرق بين هذا وبينما إذا كان المعتق رجلاً من الموالي وهو كافر والعبد مسلم كان عقل العبد على نفسه. والفرق: أن العقل إنما يجب بالتناصر إلا أن التناصر فيما بين العرب بالقبيلة لا باتفاق المسألة، والمعتق بالإعتاق صار من قبيلة المعتق؛ لأن الولاء بمنزلة النسب فصار المعتق ناصراً له باعتبار القبيلة فيصير عاقلة له، ويصير عاقلة المعتق عاقلة له أيضاً فأمكن إيجاب العقل على عاقلته. وفيما أمكن إيجاب العقل على العاقلة لا يجب على الجاني فأما التناصر فيما بين غير العرب باتفاق المسألة لا بالقبيلة. هكذا جرت العادة فيما بينهم، فإذا لم يكن بين المعتق والمعتق اتفاق المسألة لا يصير المعتق ناصراً له فلا يصير عاقلة له فلا يصير عاقلة المعتق عاقلة أيضاً؛ لأن عاقلة المعتق إنما تصير عاقلة للمعتق بواسطة المعتق، فتعذر العقل على العاقلة فيجب في مال الجاني وكل معتق يجزىء عليه الرق بعد العتق، فإن الولاء للأول فبطل وكان حكم الولاء للعتق الذي نجد من بعده وهذا لأن بالاسترقاق يتقدم نسب الولاء وهو العتق والمالكية ولا بقاء للحكم بعد بطلان السبب.

ولو أن رجلاً من أهل الحرب خرج إلى دار الإسلام بأمان فاشترىٰ عبداً في دار الإسلام وأعتقه صح إعتاقه وثبت له الولاء، فإن رجع المولى إلى دار الحرب، وأُسر وجرى عليه السبي فإنه يكون عبداً. وولاء المعتق على حاله لأن ولاءه ثبت بسبب عتقه، وإنه باق بعد شيء.

فإن قيل أليس أن المعتق من اشترط أن يكون أهلاً للولاء فكان أن يبطل الولاء لا يخرج [٣٥٨أ/ ١] من أن يكون أهلاً للولاء لأن الولاء بمنزلة النسب، والعبد من ثبات النسب والولاء بعد الثبوت يلحق بالنسب والعبد أهل لذلك، فإن مات المعتق فإن ميراثه لبيت المال وعقد على نفسه وقد مر نظير هذا فيما تقدم.

حربي اشترى عبداً في دار الإسلام وأعتقه ثم رجع إلى دار الحرب وسبي ثم اشتراه ذلك العبد المعتق واعتقه فولاء، كل واحد منهما لصاحبه لأنه وجد من كل واحد منهما اكتساب نسبة الولاء وهو الاعتاق، ولا منافاة بين الولاءين، ألا ترى أنه يجوز مثل هذا في النسب حتى إن الأخوين ينسب كل واحد منهما إلى صاحبه بالأخوة، فكذا في الولاء لما بينا أن الولاء بمنزلة النسب والله أعلم.

الفصل الثاني
في ولاء الموالاة

تفسير ولاء الموالاة أن يسلم الرجل على يدي رجل فيقول للذي أسلم على يديه أو لغيره واليتك على أني إن مت فميراثي لك وإن جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه فهذا هو نفس ولاء الموالاة، وإذا جنى الأسفل جناية فعقله على عقلة المولى الأعلى.

وإن مات الأسفل يرثه الأعلى، وإن مات الأعلى لا يرث الأسفل منه ولا تثبت هذه الأحكام بمجرد الإسلام بدون عقد الموالاة إلا على قول الروافض. ومولى الموالاة مؤخر عن العصبات وعن ذوي الأرحام بخلاف مولى العتاقة، فإنه مقدم على ذوي الأرحام، والقياس أن يكون مولى العتاقة مؤخر عن ذوي الأرحام، كما هو مذهب علي رضي الله عنه لأن المعتق بمنزلة الغريب وبمنزلة الأجنبي من وجه من حيث إنه أحياه حكماً لا حقيقة، وذو الأرحام قريب له من كل وجه فينبغي أن يكون القريب من كل وجه مقدم، لكن تركنا القياس في مولى العتاق بالنص؛ والنص الوارد في مولى العتاقة لا يكون وارداً في مولى الموالاة؛ لأن مولي الموالاة دون مولى العتاقة لأنه وجد من مولى العتاقة واجباً من حيث الحكم إن لم يوجد من حيث الحقيقة ولم يوجد من الذي قبل عقد الولاء الإحياء أصلاً، ولأن ولاء العتاقة لا يحتمل الفسخ، وولاء الموالاة يحتمل الفسخ.

وإذا مات الأسفل والأعلى ميت فميراث الأسفل لأقرب الناس عصبة إلى الأعلى، كما في ولاء العتاقة ولكل واحد منهما أن ينقض عقد الموالاة بمحضر صاحبه وليس له ذلك بغير محضر من صاحبه وإنما كان كذلك لأن فسخ أحدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يؤدي إلى الضرر لصاحبه، أما إذا كان الفسخ من الأسفل فلأنه ربما يموت الأسفل فيجب الأعلى أن ماله صار ميراثاً له فيتصرف فيه فيصير مضموناً عليه، وأما إذا كان الفسخ من الأعلى فلأنه ربما يعتق عبيداً على حياته عقل عبيده على مولاه.

ولو صح الفسخ يجب العقل عليه فينصرف لأجل هذا العبد المعنى. شرط أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله في المشروط له الخيار حضرة صاحبه لصحة الفسخ. وأبو يوسف فرق بين مسألتنا وبين المشروط له الخيار فإن في المشروط له الخيار لم يشترط حضرة صاحبه لصحة الفسخ. وهاهنا شرط حضرة صاحبه لصحة الفسخ، والفرق له أن المشروط له الخيار بحكم الخيار صار متسلطاً من جهة صاحبه على الفسخ فما يلحقه من الضرر يصير راضياً.

وهاهنا لم يوجد من كل واحد منهما تسليط لصاحبه على الفسخ إذ الموجود ليس إلا عقد الموالاة، والعقد يمنع الفسخ فكيف يوجب التسليط على الفسخ، وإذا لم يصر على كل واحد منهما مسلطاً على الفسخ من جهة صاحبه فما يلحقه من الضرر لسبب فسخ صاحبه لا يكون راضياً به، فلهذا افترقا.

وللمولى الأعلى أن ينقض عقد الموالاة وليس له أن يتحول بالولاء إلى غيره فإنه لو قال: جعلت ولائي لفلان يصير له بجعله وللأسفل أن يتحول بالولاء إلى غيره كما له أن ينقض الولاء قصداً، فإن له أن يوالي مع آخر وينقض العقد مع الأول إذا والى مع آخر غير أن النقض من الأسفل إن وجد مقصوداً يشترط لصحته حضرة الأعلى، وإن والى مع غيره ينتقض الأول، وإن كانت الموالاة مع غيره يعينه الأعلى، وإنما يكون للأسفل أن يتحول بالولاء إلى غير المولى الأعلى إذا لم يعقل عنه المولى الأعلى، أما إذا عقل عنه المولى الأعلى فلا.

وهذا لأن الموالاة عقد تبرع فكان بمنزلة الهبة وللواهب الرجوع قبل حصول العوض لا بعد حصول العوض، وقبل العقل لم يحصل العوض وبعد العقل حصل العوض فلا يجوز بيع ولاء الموالاة الأسفل والأعلى في ذلك على السواء غير أن البيع إذا كان من الأعلى لا يكون بيعه بيعاً للولاء إذا كان بغير محضير من صاحبه، وإذا كان البيع من الأسفل يجعل بيعه نقضاً للولاء، وإن كان بغير محضر من صاحبه.

والفرق أن المولى الأعلى لا يملك تحويل ماله من الولاء إلى غيره، وإنما إليه فسخه ونقضه، فإذا باع يجعل البيع منه عبارة عما يملك وهو الفسخ مقصوداً إلا أنه لو فسخ نصاً إن كان بمحضر من الأسفل يجوز. وإن لم يكن بمحضر منه لا يجوز، فكذا هاهنا. فأما المولى الأسفل كما يملك نقض الولاء قصداً يملك النقض حكماً لتحويله إلى غيره فيجعل البيع عبارة عن التحويل إلى غيره كيلاً يلغو، فلهذا افترقا.

نوع
آخر من هذا الفصل

إذا أسلم الرجل على يدي رجل وعاقده عقد الولاء ثم ولد له ابن من أمة أسلمت على يدي آخر ووالت فولاء الولد لمولى الأب؛ لأن الولد في جانب الأب وهو يساوي الولاء الذي في جانب الأم، والأب هو الأصل في الولاء فيترجح جانبه كما في ولاء العتق، وكذلك إن كانت أسلمت ووالت وهي حبلى ثم ولدت بعد ذلك فإن ولاء الولد لمولى الأب، وهذا بخلاف ولاء العتاقة فإنها إذا عتقت وهي حبلى فإن ولاء الولد يكون لمولى الأم، والفرق أن في العتق يصير الجنين مقصوداً بالإعتاق وبالولاء. فإنه محل لإضافة العتق إليه وبعد ما صار مقصوداً بالولاء لا يمكن أن يجعل تابعاً في الولاء لغيره إلا بعد فسخ ما ثبت له، وفسخ ذلك متعذر. أما هاهنا لا يثبت للجنين ولاء بنفسه، وإن كان موجوداً في البطن؛ لأنه ليس بمحل العقل بالموالاة عليه، فإن تمام عقد الموالاة بالإيجاب والعتق والقبول وليس لأحد ولاية الإيجاب والقبول على الجنين فكان تابعاً في الولاء فالأب أولى.

ولو كان لهما أولاد صغار ولدوا قبل الإسلام فأسلم الأب على يدي رجل ووالاه ثم أسلمت المرأة على يدي رجل آخر ووالته فإن ولاء الأولاد لمولى الأب بالإجماع؛ لأن الأب حين عقد الولاء على نفسه فقد عقده على ولده الصغير تبعاً له وله ولاية مباشرة

العقد على ولده الصغير فينفذ عقده على الصغير. [٣٥٨ب/١] وصار الصغير مولى لموالي الأب بطريق التبعية، فإذا أسلمت الأم بعد ذلك ووالت رجلاً آخر يبقىٰ ولاء الأولاد كذلك. أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فلأنه ليس للأم ولاية عقد الولاء على الولد الصغير لما يأتي بيانه بعد إن شاء الله تعالى فصار وجود هذا العقد من الأم في حق الولد والعدم بمنزلة، وأما على قول أبي حنيفة فلأن الأم إن كانت تملك عقد الولاء على الولد الصغير إلا أن الولد إذا كان ثابتاً للصغير بعقد الأم أولاً بأن أسلمت الأم أولاً ووالت رجلاً يتخذ ولاؤه إلى الأب إذا أسلم بعد ذلك ووالى رجلاً آخر فإذا كان ولاء الولد ثابتاً من الأب أولاً؛ لأن لا يثبت ولاؤه لموالي الأم أولى.

قال: وإذا أسلمت امرأة من أهل الذمة على يدي رجل ولها ولد صغير ووالته، فإن ولاءها وولاء ولدها لمولاها عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما ولاؤها لمولاها، أما ولاء ولدها ليس لمولاها، فمن مشايخنا رحمهم الله من قال: هذه فرع مسألة ولاية الإنكاح، فإن عند أبي حنيفة: للأم أن تنكح ولدها الصغير، فكذا أن يكون لها أن يقول عليه عقد الولاء، وعندهما ليس للأم أن تنكح ولدها الصغير، فكذا لا يكون لها أن تعقد عليه عقد الولاء وهذا القائل يقول يجب أن يكون عند أبي يوسف رحمه الله في هذه المسألة قول أول، وقول آخر ويكون قوله الآخر مع أبي حنيفة رحمه الله كما في مسألة النكاح، وإلى هذا القول مال شيخ الإسلام رحمه الله ومنهم من قال هذه المسألة مبتدأة وإلى هذا القول مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، فأبو حنيفة رحمه الله قاس ولاء الموالاة على ولاء العتاقة وولاء العتاقة يثبت للولد من جهة الأم إذا لم يكن له ولاء من جهة الأب، وهما يقولان: عقد الموالاة عقد تردد بين الضرر والنفع وليس للأم ولاية مباشرة مثل هذا العقد على الولد الصغير وإذا أسلم وليس للأم ولاية مباشرة مثل هذا العقد على الولد الصغير.

وإذا أسلم الرجل على يدي رجل ووالاه، وله ابن كبير أسلم الابن على يدي رجل آخر ووالاه أيضاً فولاء كل لا يحل واحد منهما للذي والاه، لأن كل واحد منهما مقصود بالكتاب بسبب الولاء فهو كاذب، وإن أعتق الأب رجل وأعتق الابن رجل آخر، فإن أسلم الابن ولم يوال أحداً فولاؤه موقوف ولا يكون مولى لمولى الأب، ولا يكون عقد الأب على نفسه عقداً على الابن، بخلاف ما إذاكان الابن صغيراً، والفرق أن الابن الصغير تابع الأب فأمكن أن يجعل عقد الأب عقداً عليه بطريق التبعية ولا كذلك الابن الكبير.

ولو أن رجلاً أسلم على يدي صبي ووالاه لم يجز، وكذلك الصبية، وكذلك إذا والى عبداً لم يجز. فإن كان الأب قد أذن للصبي بذلك، أو كان المولى أذن للعبد بذلك جاز، إلا أن في فصل الصبي يصير مولى للصبي. وفي فصل العبد يصير مولى لمولاه لا للعبد؛ لأن العبد ليس من أهل أن يثبت له الولاء لأن حكم الولاء الإرث والعقل، والعبد ليس من أهل ذلك، وإذا لم يكن العبد من أهل الولاء لأقرب الناس إليه وهو مولاه،

بخلاف الصبي لأن الصبي من أهل أن يثبت له الولاء لأنه من أهل حكمه. ألا ترى كيف ثبت له ولاء العتاقة فكذا ولاء الموالاة والله أعلم.

نوع آخر
من هذا الفصل

حربي دخل دار الإسلام بأمان وأسلم على يدي رجل ووالاه ثم دخل أبوه بأمان وأسلم على يدي رجل ووالاه فإن ولاء كل واحد منهما للذي والاه ولا يجر الأب ولاء الولد إلى نفسه.

فرق بين هذا وبينما إذا دخل حربي دار الإسلام بأمان وأسلم ووالى رجلاً ثم أسر ابن هذا الحربي الذي أسلم وأعتق فإنه يجر ولاء الولد إلى نفسه حتى كان ولاء الولد لمعتق الأب وفي الموضعين جميعاً يثبت للولد ولاء نفسه، والوجه في ذلك أنه متى ثبت للولد ولاء نفسه لا يمكن أن يجعل تابعاً لغيره في الولاء إلا بعد فسخ ما ثبت للولد من الولاء وفسخ ما ثبت للولد من ولاء الموالاة ليصير تابعاً للأب في ولاء العتاقة مقيد لأن ولاء العتاقة فوق ولاء الموالاة.

ألا ترى أن ولاء الموالاة يحتمل الفسخ وولاء العتاقة لا يحتمل الفسخ فقلنا كذلك تحصيلا لزيادة الفائدة، أما فسخ ما ثبت من ولاء الموالاة للولد ليصير تبعاً للأب في ولاء الموالاة لا يفيد، لأنه لا يثبت للولد إلا ما كان ثابتاً له وما لا يفيد لا يشتغل به.

وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين المرأة الذمية إذا أسلمت ووالت رجلاً، ولها ولد صغير ثم إن الأب أسلم بعد ذلك ووالىٰ رجلاً، فإنهُ يصير ولاءُ الولد لمولي الأب، لأن هناك لا حاجة إلى فسخ ما ثبت للولد من الولاء؛ لأن الولد دخل الولاء تبعاً للأم، إنما حاجة إلى نقل ما ثبت لهُ تبعاً للأم إلى الأب، وولاء الموالاة قابلٌ للتحويل. أما ههنا الولد دخل في الولاء مقصوداً فالحاجة إلى فسخ ما ثبت لهُ موالاة ولا فائدة فيه فلا يشتغل به.

وإذا أسلم حربي في دار الحرب على يدي رجلٍ مسلم ووالاهُ هناك أو والاه في دار الإسلام فهو موالاة. فإن سبي ابنهُ وأعتق لم يجز ولاء الأب إلى نفسهِ، وإن سبي أبوه وأعتق جر ولاء الابن إلى نفسهِ، ولو أن رجلاً من أهل الذمة أعتق عبداً ثم إن الذمي نقض العهد ولحق بدار الحرب فأخذ أسيراً فصار عبد الرجل وأراد معتقه أنه يوالي رجلاً لم يكن له ذلك لأنه مولى عتاقة وليس لمولى العتاقة أن يوالي أحداً فإن أعتق مولاه يوماً من الدهر، فإنه يريد إن مات لأنه مولاه إلا أنه كان لا يرث بسبب الرق والكفر، وإذا زالا ورث.

وإن جنى جناية بعد ذلك عقل عن نفسه ولا يعقل عنه مولاه هكذا ذكر في عامة الروايات، وفي بعض الروايات قال: يرثه ويعقل عنه وهو الصحيح؛ لأنه زال المانع عن العقل والميراث جميعاً والله أعلم.

الفصل الثالث
في الإقرار بالولاء

إذا أقر الرجل أن مولى عتاقه لفلان بن فلان من فوقك وتحت وصدقه فلان في ذلك فإنه يصير مولى له يعقل عنه ويرثه.

ألا ترى أنه لو أقر أنه ابن فلان أو أب فلان وصدقه فلان في ذلك ثبت النسب منه. هكذا إذا أقر بالولاء لأن الولاء بمعنى النسب، وكذا إذا أقر أنه مولى موالاة لفلان وصدقة فلان في ذلك وكان للمقر أولاد كبار كذبوا الأب فيما أقر، وقالوا: أبونا مولى فلان آخر فالأب مصدق على نفسه والأولاد مصدقون على أنفسهم؛ لأن الأولاد إذا كانوا كباراً فالأب لا يملك مباشرة عقد الولاء عليهم فلا يملك الإقرار به عليهم وبه فارق ما إذا كان الأولاد صغاراً. [٣٥٩أ/١] لأن الأب يملك مباشرة عقد الولاء عليهم إذا كانوا صغاراً فيملك الإقرار به عليهم، وإن كان له امرأة أب الأولاد فقالت: أنا مولاة عتاقة لفلان وقال الأب: أنا مولى عتاقة لفلان آخر، فإن كل واحد منهما يكون مصدقاً فيما أقربه ويكون ولاء الولد لموالي الأب. لأن الثابت بتصادقهما كالثابت عياناً ولو عاينا أن كل واحد منهما مولى عتاقة للذي أقر له أو حدث بينهما أولاد كان الأولاد موالي لموالي الأب. كذا هاهنا.

ولو أن امرأة مولاة عتاقة معروفة لها زوج مولى عتاقة ولدت المرأة ولداً فقالت المرأة: ولدته بعد عتقي بخمسة أشهر وولاؤه لموالي وقال الزوج: ولدته بعد عتقك بستة أشهر وولاؤه لموالي فالقول قول الزوج لأن ولاء الولد ثبت من جانب الزوج ظاهراً لحدوث الولد حال حريتهما فالمرأة بدعواها تريد إبطال هذا الظاهر لأنها تقول: إنه كان موجوداً في البطن وصار مقصوداً بالعتق والولاء.

وإذا كان الرجل من العرب له زوجة لا تعرف ولدت منه أولاد ثم ادعت أنها مولاة فلان اعتقها وصدقها فلان في ذلك فإنها مصدقة على نفسها ولا تصدق على ولدها، لأن الولد بماله من النسب مستغنى عن الولاء، واعتبار قولهما عليه باعتبار منفعة الولد، فإذا انعدمت المنفعة هاهنا لا يعتبر قولهما عليه، وإن كذبها فلان في العتق وقال: هي أمتي ما أعتقتها فهي أمته لأنها أقرت له بالرق ثم ادعت الحرية عليه وتصدق فيما أقرت ولا تصدق فيما ادعت ولا تصدق على الولد الموجود في البطن وقت الإقرار تعرف به إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، وأما الولد الذي يحدث بعد ذلك فإنها تصدق عليه عند أبي يوسف رحمه الله حتى يحدث رقيقاً ولا تصدق عند محمد حتى يحدث حراً.

امرأة في يديها ولد لا يعرف أبوه أقرت أنها معتقة فلان وصدقها فلان في ذلك لم تصدق على الابن عند محمد رحمه الله، وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولاً. وعند أبي يوسف آخراً وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تصدق على الابن لأن عند أبي حنيفة رحمه الله

رحمه الله الأم تملك مباشرة عقد الولاء على الابن فيصح إقرارها به عليه، وعند محمد رحمه الله لا تملك مباشرة عقد الولاء على الابن فلا تملك الإقرار به عليه إنما فارق هذه المسألة المسألة المتقدمة على قول أبي حنيفة رحمه الله لأن موضوع هذه المسألة في أنه ليس للولد سبب معروف فلم يصير مستغنياً عن الولاء فاعتبر قولها عليه وموضوع المسألة المتقدمة في أن للولد أب معروف من العرب فصار مستغنياً بماله من النسب على الولاء فلم يعتبر قولها عند أبي حنيفة رحمه الله.

وإذا أقر الرجل فقال: أنا مولى فلان وفلان قد أعتقاني فأقر به أحدهما وأنكر الآخر فهو بمنزلة عبد بين شريكين يعتقه أحدهما، وإذا قال: أنا مولى فلان أعتقني ثم قال: لا بل أنا مولى فلان الآخر أعتقني هو وادعياه جميعاً فهو مولى الأول، وإن قال اعتقني فلان أو فلان وادعى كل واحد منهما أنه هو المعتق لا يلزم العبد شيء لأنه لو لزمه إنما يلزمه بحكم إقراره لا بدعواهما وهذا الإقرار وقع باطلاً لأنه أقر للمجهول فإن أقر لأحدهما بعينه بعد ذلك ولغيرهما فهو جائز. ويصير مولى للمقر له لأن هذا الإقرار لما وقع باطلاً صار وجوده كعدمه فكان له أن يقر بعد ذلك لمن شاء.

من مشايخنا من قال: ما ذكر في «الكتاب» أنه إذا أقر لغيرهما يجوز إقراره يجب أن يكون قولهما، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز إقراره لأن الإقرار بالولاء إقرار بالنسب ومن أقر بالنسب لإنسان ثم أقر بعد ذلك بالنسب لآخر لا يصح إقراره للثاني عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن لم يثبت النسب من الأول بأن كذبه الأول، فكذا إذا أقر بالولاء. ومنهم من قال: هذا قول الكل لأن الإقرار هاهنا وقع لمعلوم فلا يقع باطلاً لكونه واقعاً للمجهول، أما في تلك المسألة الإقرار وقع لمعلوم فلا يقع باطلاً.

وإذا أقر الرجل أنه مولى امرأة أعتقته وقالت المرأة: لم أعتقك ولكن أسلمت على يدي وواليتني فهو مولاها؛ لأنهما اتفقا على ثبوت الولاء إلا أنهما اختلفا في سببه. والاختلاف في سبب ثبوت الحق لا يمنع ثبوت الحق على ما عرف في كتاب الإقرار، فإن أراد التحويل عنها إلى غيرها ففي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله: ليس له ذلك. وعلى قياس قولهما له ذلك، وهذا بناء...[1] فادعى عندهما الثابت ولاء الموالاة وولاء الموالاه يقبل النقل والتحويل. وعند أبي حنيفة رحمه الله الثابت ولاء العتاقة وولاء العتاقة لا يقبل النقل والتحويل، فوجه قولهما أن الولاء هاهنا يثبت بتصديق المرأة فإنما يثبت بقدر ما وجد منهما من التصديق. ولأبي حنيفة رحمه الله أن المقر يعامل في إقراره كأن ما أقر به هو حق وفي زعمه أن عليه ولاء العتاقه.

وإن أقر أنه أسلم على يديها ووالاها وقالت هي: بل أعتقتك فهو مولاها وله أن يتحول بالولاء إلى غيرها، لأن الثابت هاهنا ولاء الموالاه بلا خلاف، لأن الثابت عند تصديق المقر له مقدار ما أقر به المقر والمُقَر ولاء الموالاة وذلك لا يمنع التحول ما لم

---

(١) بياض بالأصل.

يتأكد بالعقل. وإذا أقر له الرجل أن فلاناً أعتقه وأنكر فلان ذلك وقال: ما أعتقتك ولا أعرفك ثم إن المقر أقر أن فلاناً الآخر أعتقه فإنه لا يصح إقراره عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يصير مولى للثاني، وعندهما يصح إقراره للثاني إذا صدقه الثاني في ذلك.

أصل المسألة: إذا أقر بالنسب للإنسان وكذبه المقر له في إقراره وأقر به لإنسان آخر أو ادعى رجل على ولد رجل بعد موته أني أعتقت أباك. وصدقه الولد في ذلك ثبت الولاء له. ولو كان للميت أولاد كبار وصدقه بعض الأولاد فالذين صدقوه يكونون موالي له، وإن كان المدعي اثنين فصدق بعض الأولاد أحدهما وصدق الباقون الآخر فكل فريق منهم يكون مولى للذي صدقه.

الفصل الرابع
في دعوى الولاء والخصومة واليمين فيه

وإذا ادعى رجل على رجل أني كنت عبداً له وأنه أعتقني وقال المدعى عليه: أنت عبدي كما كنت وما أعتقتك فالقول قول المولى، فإن أراد العبد أن يحلفه فله ذلك؛ لأن الدعوى هاهنا وقع في العتق والاستحلاف يجري في العتق بلا خلاف.

وإن قال المدعى عليه: أنت حر الأصل وما كنت عبداً لي قط، وما أعتقتك وأراد استحلافه لا يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الاختلاف هاهنا في الولاء لا في العتق لأنهما تصادقا على العتق، والاستحلاف لا يجري في الولاء عند أبي حنيفة رحمه الله.

وكذلك إذا ادعى على ورثة ميت حر مات وترك ابنة ومالاً أني كنت أعتقت الميت ولي نصف الميراث معك أيتها البنت فالبنت لا تستحلف على الولاء وتستحلف [٣٥٩ب/١] على المال بالله ما تعلمين لهذا في ميراث أبيك حقاً.

وهو نظير ما لو ادعى رجل على الابنة أنه ابن الميت، وادعى الميراث تستحلف بالله ما تعلمين لهذا حقاً في ميراث أبيك وولاء الموالاة في هذا كولاء العتاقة لا تستحلف عليه عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، فإن عاد المدعى عليه إلى تصديق المدعي بعد ما أنكر دعواه فهو مولاه ولا يكون إنكاره نقضاً للولاء لأن النقض تصرف في العقد بالرفع بعد الثبوت وإنكار أصل الشيء لا يكون تصرفاً فيه.

وإذا ادعى رجل من الموالي على عربي أنه مولاه أعتقه والعربي غائب ثم بدا للمدعي فادعى ذلك على آخر وأراد استحلافه لا يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لوجهين:

أحدهما: أن الدعوى على الآخر لم تصح لأنه أقر به للأول.

والثاني: أن الدعوى وقعت في الولاء وهو لا يرى الاستحلاف في الولاء.

ولو أقر المدعى عليه الثاني للمدعي فيما ادعاه لم يكن الولاء للمدعى عليه الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما الأمر موقوف إن قدم الغائب وصدق المدعي فيما

ادعاه لا يثبت الولاء من الثاني. وإن كذبه يثبت الولاء من الثاني.

ولو أن رجلاً من الموالي قتل رجلاً خطأ، فجاء ورثة المقتول وادعوا على رجل من قبيلته أنه أعتق وأراد استحلافه، فإنه لا يمين عليه لا في حق المال ولا في حق الولاء، أما في حق الولاء فلا إشكال فيه عند أبي حنيفة رحمه الله، وأما في حق المال فلأن ورثة المقتول لا يدعون عليه شيئاً، لأن الدية تجب على عاقلة المعتق ولا يجب شيء منها على المعتق. ألا ترى أن محمداً رحمه الله ذكر في «الكتاب» أن المعتق إذا أقر بعد الجناية بالولاء كانت الدية على القاتل، ولو كان يجب شيء منها على المعتق فكان يجب بعضها عليه بإقراره قال: فإن أقر المعتق بذلك لم يصدق على العاقلة إذا جحدوا وكانت الدية على القاتل في ماله.

فرق بين هذا وبينما إذا ادعوا الولاء قبل الجناية وأقر المدعى عليه بذلك، ثم جنى المولى جناية فإن الدية تجب على عاقلة المعتق، والعتق في الموضعين جميعاً يثبت بإقراره، والفرق أن العتق إنما يجب على عاقلة المعتق بالولاء والجناية، فيضاف الوجوب إلى آخر الأمرين وجوداً الولاء والولاء ثبت بإقراره، وإقراره ليس بحجة على غيره.

وإذا كانت الدعوى قبل الجناية فآخر الأمرين وجوداً الجناية، والجناية تثبت معاينة لا بإقراره فتكون ثابتةً في حق العاقلة.

وإن كان المقتول من الموالي فادعى رجل من العرب أنه أعتق المقتول قبل القتل وأنه وارثه لا وارث له غيره، وأراد استحلاف القاتل على ذلك، والقاتل مقر بالقتل منكر الولاء، فإنه يستحلف على المال بالله ما يعلم لهذا المدعي حقاً في دية فلان التي عليك؛ لأنه ادعى على القاتل شيئين: المال، والولاء لأن القاتل يجب عليه المال لأنه واحد من العاقلة عندنا والمال مما يجري فيه الاستحلاف فيستحلف على المال لهذا، بخلاف ما لو ادعى وارث المقتول على رجل أنه أعتق القاتل فإنه لا يستحلف في المال كما لا يستحلف في الولاء؛ لأن ورثة المقتول لا يدعون على المعتق شيئاً من المال على ما مر أما هاهنا بخلافه والله أعلم.

الفصل الخامس
في المتفرقات

معتقة قوم تزوجت رجلاً وحدث بينهما أولاد، فهذا على وجوه:

أما إن زوجت نفسها من عبد أو مكاتب رجل، وفي هذا الوجه ولاء الأولاد لموالي الأب فإن أعتق الأب جر ولاء الولد إلى مواليه، وقد ذكرنا هذا فيما تقدم، وإن كانت عاقلة الأم قد عقلوا عن الولد ثم عتق الأب لا يرجعون على عاقلة الأب بذلك لأن الولاء وإن جر إلى الأب فإنما يجر في الحال، ولا يتبين أن حال ما عقل عنه عاقلة الأم لم تكن عاقلة الأم عاقلة له.

وأما إن زوجت نفسها من معتق قوم وفي هذا الوجه ولاء الولد لموالي الأب لأنه استوى الجنايتان في الولاء لأن في كل جانب ولاء عتاقة، والأب هو الأصل في الولاء فكان إثباته من جنب الأب ولاء، وقد مر هذا.

وأما إن زوجت نفسها من عربي وفي هذا الوجه ولاء الولد لموالي الأب لأن الجنايتين لم تستويا لأن في جانب الأم شرف ولاء العتاقة وفي جانب الأب شرف نسب العرب فوق شرف نسب ولاء العتاقة حتى لا يكون مولى العتاقة كفواً للعربي، ولو استوى الجنايتان في الشرف كان إثبات الولاء أحق في جانب الأب وأولى فكيف لا يترجح جانب الأب.

وأما إن زوجت نفسها من رجل أسلم من أهل الحرب ووالىٰ رجلاً أو لم يوال، وفي هذا الوجه قال أبو حنيفة ومحمد رحمه الله: ولاء الولد يكون لموالي الأم. وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان للأب موالى فولاء الولد لموالي الأب، وإن لم يكن للأب موالي فولاء الولد للأب.

وأما إن زوجت نفسها ممن له آباء في الإسلام، وفي هذا الوجه ولاء الولد لقوم الأب عند أبي حنيفة رحمه الله. لأن في المسألة المتقدمة: رجح جانب الأب عنده شرف حرية الأصل فلأن يترجح جانب الأب هاهنا وقد انضم إلى شرف حرية الأصل شرف إسلام الآباء أولى.

وأما على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فقد اختلف مشايخنا رحمهم الله. حكي عن الفقيه أبي بكر الأعمش وأبي القاسم الصفار رحمهما الله: أن ولاء الولد لمولى الأب على قولهما أيضاً، وغيرهما قالوا: الموالي لأم.

رجل له أمة زوجها من عبد أخيه لأب وأم أو لأب ثم إن مولى الأمة أعتق الأمة فجاءت بعد ذلك بولد لستة أشهر من حين أعتقها كان ولاء هذا الولد لمعتق الأمة لأنه تعذر إثبات ولاء الولد من جهة الأب لأن الأب عبد، والعبد ليس من أهل الولاء، وإذا تعذر إثبات الولاء من جانب الأب أثبتناه من جانب الأم، كما في النسب متى تعذر إثباته من جانب الأب يثبت من جانب الأم كما في ولد الملاعنة فكذا في الولاء.

فلو أن مولى مولى العبد بعد ذلك أعتق العبد وهو أخ معتق الأمة لأب وأم أو لأب ثم مات معتق العبد ولم يترك وارثاً عصبة سوى أخيه الذي أعتق الأم ثم مات الولد ولم يترك وارثاً فإن ميراث الولد يكون لمعتق الأب لأنه عصبة معتق العبد، وولاء الولد كان لمعتق العبد بسبب الحرية لأنه إنما كان الولاء لمعتق الأم لأن الأب كان عبداً، فحين أعتقه مولاه فقد جر ولاء ولده إلى نفسه فيكون الولاء لمعتق العبد فيكون لعصبة معتق العبد إذا كان معتق العبد بنتاً وعصبة أخوة لأب أو أم أو لأب وهو معتق الأم فيكون ميراث الولد لمعتق الأم بولاء لأب لا بولاء الأم هذا إذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً، فأما إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر فميراث الولد لمعتق لأم أيضاً لا بالولاء لأب ولكن لأنه معتق الولد لأنه جرى منه في الولد عتق مقصود تبين لما ولدت لأقل من ستة أشهر لأن هذه مدة لا يحدث في مثلها الحبل.

تم بعون الله وحسن توفيقه، ويتلوه كتاب الأيمان والنذور. [٣٦٠أ/ ١].

كتاب الأيمان والنذور

هذا الكتاب مشتمل على ستة وعشرين فصلاً:

١ - في بيان ركن اليمين وحكمها وشرط انعقادها ومحلها.

٢ - في ألفاظ اليمين.

٣ - في بيان أنواع اليمين وأحكامها.

٤ - في اليمين إذا جعل لها غاية.

٥ - في الأيمان التي يقع فيها التخيير والتي لا يقع فيها التخيير.

٦ - في الرجل يحلف فينوي التخصيص.

٧ - في الأيمان ما يقع على البعض وما يقع على الجماعة.

٨ - في الشروط التي تحمل على معناها.

٩ - في العطف على اليمين بعد سكوت الحالف.

١٠ - في الحلف على الأقوال.

١١ - في الحلف على العقود.

١٢ - في الحلف على الأفعال.

١٣ - فيمن حلف على شيء فقال آخر عليّ مثل ذلك.

١٤ - في اليمين على الأفعال في المكان.

١٥ - في تعليق الأجزئة المختلفة بالشرط.

١٦ - في الحلف ما يقع على الملك القائم.

١٧ - فيما يفعله الرجل لغيره.

١٨ - في الرجل يحلف لا يفعل الشيء فيأمر به غيره.

١٩ - في الأيمان التي يكون فيها استثناء.

٢٠ - في الأوقات.

٢١ ـ في الحلف يتغير عن حاله.

٢٢ ـ في اليمين التي تكون على الحياة دون الموت.

٢٣ ـ في الحنث ما يقع على الأبد وما يقع على الساعة.

٢٤ ـ في الحلف على الباطن.

٢٥ ـ في النذور.

٢٦ ـ في المتفرقات.

الفصل الأول
في بيان ركن اليمين، وحكمها، وشرط انعقادها، ومحلها

وركن اليمن بالله ذكر اسم الله تعالى مقروناً بالجزاء؛ لأن ركن الشيء ما يعقد به ذلك الشيء، واليمين يعقد بالقسم به والمقسم به اسم الله تعالى في ظاهر مذهب أصحابنا رضي الله عنهم بلا خلاف وفي صفاته على الاختلاف على ما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى. وحكم اليمين وضعاً وجوب البر والخير لما فيه من تعظيم اسم الله تعالى وحرمة الحنث لما فيه من هتك حرمة اسم الله تعالى، ثم الكفارة تجب عند الحنث خلفاً عن البر الواجب باليمين استدراكاً له.

وشرط انعقادها تصور البر عند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما، والإضافة إلى المستقبل بدون تصور البر لا يكفي لانعقادها، وعند أبي يوسف رحمه الله الإضافة إلى فعل في المستقبل بدون التصور كاف لانعقادها على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ومحل اليمين خبر يحتمل الصدق لأن محل التصرف ما يقبل حكم التصرف. وحكم اليمين وجوب البر والوجوب يستدعي خبراً يتصور فيه البر حتى يحتمل الصدق.

الفصل الثاني
في ألفاظ اليمين وإنه أنواع

الأول في الحلف بأسماء الله تعالى

يجب أن تعلم بأن الحلف باسم من أسماء الله تعالى يمين، جميع أسامي الله في ذلك على السواء تعارف الناس الحلف به أو لم يتعارفوا، هو الظاهر من مذهب أصحابنا رحمهم الله، ومن أصحابنا من يقول كل اسم لا يسمى به غير الله كقوله: الله، الرحمٰن فهو يمين وما يسمى به غير الله كالحكيم والعالم فإن أراد به اليمين كان يميناً وإن لم يرد به اليمين لا يكون يميناً وكان. .[1] يقول: إذا قال والرحمٰن إن أراد به اسم الله فهو يمين، وإن أراد به سورة الرحمٰن لا يكون يميناً، وهكذا ذكره الفقيه أبو الليث رحمه الله في «فتاويه» لأنه إذا أراد به سورة الرحمٰن فقد حلف بالقرآن، ولو قال: والقرآن لا يكون يميناً.

(١) بياض بالأصل.

والصحيح ظاهر مذهب أصحابنا رحمهم الله؛ لأن اليمين باسم الله تعالى ثابت نصاً، قال الله تعالى: ﴿يَحْلِفُونَ بِٱللَّهِ لَكُمْ لِيُرْضُوكُمْ﴾ [التوبة: ٦٢] وقال عليه السلام: «فمن كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر»[١]. وإذا كان اليمين باسم الله ثابتاً بالنص، كان اليمين بأسماء أخر ثابتاً بدلالة النص وما [ثبت] بالنص وبدلالة النص لا يراعى في العرف.

ولو قال: بالله لأفعل كذا كسر الهاء في الله أو رفعه أو نصبه فهو يمين في «فتاوى النسفي» رحمه الله. ولو قال: الله يكون يميناً اتفق على هذا أهل اللغة والنحو وتأيد ذلك بالشرع، فإنه روي أن رسول الله ﷺ: حلّف ابن ركانة البتّة الله ما أردت به إلا واحداً[٢]. إلا أن أهل اللغة اختلفوا في إعرابه فعند أهل البصرة إعرابه حذف حرف القسم النصب، وعند أهل الكوفة إعرابه الخفض.

ولو قال: الله يكون يميناً، قال ابن عباس رضي الله عنهما: دخل آدم الجنة فالله ما غربت الشمس حتى خرج. ولو قال: بالله العظيم كي يدر كرين نام حداب كه افعل كذا، أو قال: لا أفعل كذا إنه يكون يميناً ويتعلق بالفعل فلا يصير قوله: يدركه يداني نام است فاصلاً، وكذلك إذا قال: يدركن أزن سوكن ثبتت، وسئل شمس الإسلام الأوزجندي عمن قال: بالله أكراني كاركنم، قال: اختيار أستاذي أنه لا يكون يميناً، ثم رجع وقال: يكون يميناً وفي **«الأجناس»** إذا قال: والله إن دخلت الدار، كان يميناً، ولو قال: والحق لا أفعل كذا فهو يمين لأن الحق من أسماء الله تعالى، قال الله تعالى: ﴿وَيَعْلَمُونَ أَنَّ ٱللَّهَ هُوَ ٱلْحَقُّ ٱلْمُبِينُ﴾ [النور: ٢٥].

ولو قال: وحق الله لا أفعل كذا، لم يكن يميناً في قول أبي حنيفة ومحمد، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهم الله. هكذا ذكر القدوري في «شرحه» وهو الصحيح؛ لأن الحق إذا ذكر غير مقرون بالألف واللام مضافاً إلى الله تعالى يراد به ما ثبت بحق الله على عباده في العبادات.

سئل رسول الله ﷺ: ما حق الله تعالى على عباده. قال: «أن لا تشركوا به شيئاً وتعبدوه وتقيموا الصلاة وتؤتوا الزكاة»[٣] فقد فسر حق الله تعالى بما يستحقه الله على

(١) أخرجه البخاري في الشهادات حديث ٢٦٧٩، ومسلم في الأيمان حديث ١٦٤٦، وأحمد في المسند ٢/ ٥٢٠، والبيهقي في السنن الكبرى ١٠/ ٢٨.

(٢) في الحديث: أن ركانة بن عبد يزيد طلّق امرأته سهيمة البتّة فأخبر النبي ﷺ بذلك، وقال: والله ما أردت إلاّ واحدةً، فقال رسول الله ﷺ: «والله ما أردت إلاّ واحدة؟»، فقال ركان: والله ما أردت إلا واحدة، فردّها إليه رسول الله ﷺ. أخرجه أبو داود في الطلاق حديث ٢٢٠٦، وابن ماجه في الطلاق باب ٩، والدارمي في الطلاق باب ٨، ومالك في الطلاق حديث ١٢.

(٣) أخرجه بنحوه البخاري في الجهاد باب ٤٦، والرقاق باب ٣٧، والتوحيد باب ١، ومسلم في الإيمان حديث ٤٨ ـ ٥١، والترمذي في الإيمان باب ١٨، وابن ماجه في الزهد باب ٣٥، وأحمد في المسند ٢/ ٣٠٩، ٥٢٥، ٥٣٥، ٣/ ٢٦٠، ٢٦١.

عباده من العبادات فصار كأنه قال: والعبادات لا أفعل كذا لا يكون يميناً.

ولو قال: وحقاً لا أفعل كذا لا يكون يميناً. وقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه بعضهم قالوا: يكون يميناً وبعضهم قالوا: لا يكون يميناً لأنه ذكره منكراً، وأسماء الله تعالى كلها معرفة، ومن له لا بدلالة التنكير إنه لم يرد به اسم الله تعالى وإنما أراد به تحقيق الوعد معناه أفعل هذا لا محالة.

قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: وإذا قال وحرمة الله لا أفعل كذا فهذا نظير قوله: وحق الله لا أفعل كذا.

وفي «فتاوى النسفي» إذا قال: . . .[1]. شهد الله ولا إله إلا الله أن لا أفعل كذا في تعليل قوله والحق أنه يكون يميناً، ولو قال: بسم الله ذكر الصدر الشهيد في «واقعاته» اختلاف المشايخ فيه، قال رحمه الله: والمختار أنه لا يكون يميناً، وفي «القدوري» إذا قال: بسم الله فهو ليس بيمين إلا أن ينويه، وفي «المنتقى» رواية ابن رستم عن محمد رحمهما الله إنه يمين مطلقاً فيتأمل عند الفتوى.

ولو قال الطالب الغالب [٣٦٠ب/ ١] بالاسم، وإن لم يتصل به تعارف الناس بقيت الجهتان على السواء وأحدها يوجب أن يكون يميناً، والأخرى توجب أن لا يكون يميناً فلا يكون يميناً بالاحتمال.

إذا عرفنا هذه الجملة جئنا إلى تخريج المسألة إذا قال: ورحمة الله لا أفعل كذا لا يكون يميناً، وكذلك إذا قال: وغضب الله، أو قال: وعذاب الله لا يكون، أو قال: وسخط الله، أو قال: ورضا الله، أو قال: وثواب الله لا يكون يميناً، ولو قال: وقدرة الله يكون يميناً، ولو قال: وسلطان، ذكر في «القدوري» أنه إن أراد به القدرة كان يميناً، وإن أراد به المقدور لا يكون يميناً.

نوع آخر

إذا قال: ودين الله لا أفعل كذا فهذا ليس بيمين، وكذلك إذا قال: وطاعة الله، أو قال: وشرائعه، أو قال: وحدوده، أو قال: وعبادته أو قال: بأنبيائه، أو قال: وملائكته، أو عرش الله، أو قال: وبيت الله، أو قال: والكعبة، أو قال: بالصفا والمروة، أو قال: بالصلاة، أو قال: بالصيام، أو قال: بالقرآن، أو قال: بالمصحف أو سورة من القرآن، فليس ذلك بمين لأن الأصل هو الحلف بأسماء الله تعالى، والحلف بصفاته أطلق بالحلف بأسمائه بالشرط الذي ذكرنا، والحلف بهذه الأشياء الذي يحلف بالله ولا بصفاته فلهذا لا يكون يميناً فعلى هذا تخريج جنس هذه المسائل.

نوع آخر

إذا قال: هو يهودي أو نصراني أو مجوسي إن فعل كذا أو قال: هو بريئ من الله

---

(١) بياض بالأصل.

تعالى، أو قال: هو بريء من الإسلام إن فعل كذا فهذا يمين عندنا، حتى لو فعل ذلك الفعل تلزمه الكفارة، به ورد الأثر عن رسول الله ﷺ، والمعنى فيه أن هذا التعليق لو صح حقيقة حرم الدخول من حيث إنه صار تسبيباً للكفر بالتعليق، والكفر حرام فما يكون سبباً له يحرم، فإذا لم يبح التعليق من حيث الحقيقة يجعل كناية عن حكمه لو صح التعليق وهو حرم الدخول فصار قوله: هو يهودي إن دخل الدار نظير قوله دخول الدار علي حرام، ومن قال: دخول الدار علي حرام كان يميناً؛ لأنه حرم الحلال على نفسه، وتحريم الحلال يمين عندنا. قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم: ١] قال بعض المفسرين: إن رسول الله ﷺ حرم العسل على نفسه، وقال بعضهم: حرم مارية القبطية على نفسه، وكان ذلك يميناً بدليل قوله تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [التحريم: ٢] ولأن حرمة الحلال تسبب اليمين فالنص عليه يجعل كالتنصيص على السبب مجازاً، فكأنه قال: والله لا أفعل كذا.

وفي «العيون» إنه إذا قال: هذا الرغيف حرام عليّ كان يميناً، وكذلك إذا قال: كلام فلان عليّ حرام كان يميناً، فعلى هذا إذا قال بالفارسية: حرام آنست ياتوسبي كغين كان يميناً. وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله إذا قال: كلام فلان وفلان عليَّ حرام فكلم أحدهما يحنث.

ولو قال: هذا الخمر حرام عليَّ ثم شربها اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله فيما بينهما، قال أحدهما: فهو ليس بيمين ولا تلزمه الكفارة، وقال الآخر: هو يمين وتلزمه الكفارة قال الصدر الشهيد رحمه الله في «واقعاته»: المختار للفتوى أنه إن أراد به التحريم تجب الكفارة وإن أراد به الإخبار أو لم يكن له نية لا تلزمه الكفارة.

وإذا كان في يده دراهم فقال: هذه الدراهم حرام عليَّ ينظر، إن اشترىٰ بها شيئاً يحنث في يمينه وإن وهبها أو تصدق بها لا يحنث في يمينه لأن تحريم الحلال وإن كان يميناً إلا أنه لا بد أن يشهد التحريم تحريم الهبة والصدقة، وإنما يراد به تحريم الشراء، كمن قال: كل حل عليَّ حرام لأنه أراد به تحريم كل حلال ولم ينصرف يميناً إلى كل حلال وإنما ينصرف إلى الطعام والشراب خاصة، حتى لو أكل طعاماً أو شرب شراباً حنث في يمينه. كذا ولو وطىء امرأته أو جاريته أو لبس ثوباً أو ركب دابة لا يحنث في يمينه، كذا هاهنا، وعن أبي يوسف رحمه الله في هذه المسألة أنه إذا أنفقها بوجه من الوجوه بأن اشترى بها شيئاً أو وهبها أو تصدق بها أو أعطاها في أجرة بيت، أو ما أشبه ذلك فعليه كفارة يمين، رواه بشر بن الوليد قال: والمخرج منه إن يجيء ذلك رجل من أهله فينفقها.

وفي «البقالي» لو حرم طعاماً أو نحوه فهو يمين على تناول المعتاد أكلاً في المأكول ولبساً في الملبوس إلا أن يعني غيره. قال: وكذلك سائر التصرفات في الأشياء. قال: ولا يعتبر استيفاء من الطعام بالأكل. ولو قال: لا يحل لي أن أفعل كذا فإن نوى تحريمه عليه فهو يمين.

وفيه أيضاً إذا قال: الخنزير حرام فهو ليس بيمين إلا أن يقول حرام علي إن أكلته. وعلى فتاوى مسألة الخمر يجب أن يكون فيه خلافاً بين أبي حنيفة وأبي يوسف، وعلى ما اختاره الصدر الشهيد رحمهم الله في مسألة الخمر يجب أن تكون مسألة الخنزير كذلك. وفي «البقالي» أيضاً إذا قال: إن أكلت هذا الطعام فهو عليَّ حرام فهذا ليس بيمين حتى لو أكله لا تلزمه الكفارة، ولو قال: والله لا آكل هذا الطعام فإن أكلته فهو علي حرام، فأكل منه لزمه الكفارة. وفي «المنتقىٰ» إذا قال لغيره: كل طعام أكلته في منزلك فهو علي حرام، وفي القياس: لا يحنث إذا أكله، وهكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله لانه حرمه بعدما أكله. وفي الاستحسان يحنث ويكون هذا على معاني كلام الناس والناس يريدون بهذا إن أكله حرام. وفي «الحيل» إن أكلت عندك طعاماً أبداً فهو علي حرام فأكل لم يحنث، ولو قال: هذا الثوب عليَّ حرام إن لبسته فلبسه ولم ينزعه حنث في يمينه.

امرأة قالت لزوجها: أنت عليَّ حرام أو قالت: حرمتك على نفسي. فهذا يمين، حتى لو طاوعته في الجماع كان عليها الكفارة، وكذلك لو أكرهها على الجماع يلزمها الكفارة بخلاف ما إذا حلف لا يدخل دار فلان فأدخل، جئت إلى أصل المسألة وهو قوله يهودي أو نصراني إن فعل كذا إذاكان يميناً وفعل ذلك الفعل [٣٦١أ/ ١] لا أفعل كذا فهو يمين وهو متعارف أهل بغداد، ولو قال: ووجه الله فهو يمين لأن الوجه يذكر ويراد به الذات قال الله تعالى: ﴿كُلُّ شَيْءٍ هَالِكٌ إِلَّا وَجْهَهُۥ﴾ [القصص: ٨٨] معناه: إلا هو.

فروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنها ليست بيمين، وتأويله إذا قصد بذلك الجارحة، ولو قال: لعمر الله فهو يمين لأنه حلف ببقاء الله سبحانه وتعالى، ولو قال: أقسم أو أقسم بالله أو أشهد أو أشهد بالله أو أعزم أو أعزم بالله فهو يمين، ولو قال: عليَّ يمين أو يمين الله فهو يمين، أما إذا قال: عليَّ يمين الله، فلأن معناه عليَّ موجب يمين الله، وأما إذا قال: عليَّ يمين لأن اليمين بغير الله حرام، فكأنه قال: عليَّ يمين الله.

وفي «المنتقى» إذا قال: علي يمين لا كفارة لها يريد به الإيجاب فعليه يمين لها كفارة. رواه عن أبي حنيفة رحمه الله. وفيه أيضاً عن أبي يوسف إذا قال: لله عليّ يمين وهو يريد أن يوجبها على نفسه ولم يقل: إن فعلت فليس عليه شيء، وكذلك إذا قال: لله على يمين غداً وهو مثل قوله: والله ولم يقل شيئاً، ولو قال: لله علي يمين إن جاء غد فهذا مثل قوله: إن فعلت، ولو قال: إن فعلت كذا فعلي يمين إن شاء فلان ففعل كل ذلك الفعل وشاء فلان لزمته كما قال، ولو قال: إن كلمت فلاناً فعلي من الأيمان ما شاء فلان، أو شاء الرجل من يلزمه من الأيمان ثلاثة أو أقل أو أكثر لم يلزمه ذلك ولا يشبه هذا تسمية الحالف الأيمان، وأشار إلى العرف فقال: إذا سمى الحالف الأيمان فقد جعلها على نفسه وجعل حنثه في مشيئة فلان، وإذا قال: فعلي من الأيمان ما شاء فلان فليس هذا حنثاً بمشيئة فلان، فهذا يمين له رجل، وقال الآخر: عليَّ من الأيمان ما شئت، فقال الآخر شئت يمينان وهناك لا تلزمه

ولو قال: عليَّ يمين إن شئت، فقال: قد شئت لزمه. هذا مثل قوله: عليَّ يمين إن كلمت فلاناً، وكذلك إذا قال: عليَّ عهد الله أو ميثاقه أو ذمته فهو يمين، وإذا قال: لله فتم يأخذاي كي إن جرية كه يو بيارى ني خورم فقد قيل إنه يكون يميناً إذا نوى اليمين، والأصح أنه يمين بدون النيّة، فإن قوله بدرفتم وعهد كردم سواء وذاك يمين فهذا كذلك، وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في «شرحه» أورد في غير رواية الأصول إذا قال: عليَّ يمين محلوفه وبغيره «سوكند خورده كه ابن كاد في كنم» فهو يمين. قال رحمه الله: وإذا قال: «سوكند خوردم» لا يكون يميناً، ولو قال: مي خودم، ولو قال: حرفي يكون؛ لأن الأول عِدَة، والثاني: إيجاب، ألا ترى أن قول الشاهد بين يدي القاضي كواني دهم لا تكون شهادة، وإذا قال: ني دهم يكون شهادة، وقيل «سوكند خورم» يمين أيضاً لأنه بغير قوله: أحلف وذلك يمين فكذا هذا، مذكور في «فتاوى النسفي» رحمه الله وكذلك إذا قال: «سوكند خوردم» يكون يميناً، ولو قال: «سوكند خورده أم» إن كان صادقاً كان يميناً، وإن كان كاذباً فلا شيء.

وفي «الواقعات» في باب: السير إذا قال: «سوكند خوردام يحذاي» إن فعلت كذا فهو يمين لأن الناس تعارفوه يميناً، ولو قال: «ومن سوكند است كي ابن كاريكنم» فهو يمين وهو معنى قوله: عليَّ يمين، ولو قال: «مرا سوكند بطلاق است كي شراب تخورم» فشرب طلقت امرأته، وإن لم يكن حلف ولكن قال: قلت هذا لدفع تعرضهم لا بصدق قضاء وإذا قال: «مراسوكند خانه است كشراب نخورم» وشرب طلقت امرأته؛ لأن أوهام الناس تنصرف. ذكره في «فتاوى النسفي» ولم يشترط فيه نية المرأة، والشيخ الإمام الأجل ظهير الدين المرغيناني رحمه الله كان يشترط النية لوقوع الطلاق، والأصح أنه لا يشترط.

وفي «فتاوى الأصل» إذا قال لامرأته: لا تخرجي من الدار بغير إذني فإني قد حلفت بالطلاق فخرجت بغير إذنه لا تطلق لأنه ما أضاف الطلاق إليها، وروي عن محمد رحمه الله إذا قال: آليت لا أفعل كذا فهو يمين لأن الألية هي اليمين فكأنه قال: أحلف، ولو قال: لا إله إلا الله أفعل كذا أو سبحان الله أفعل كذا فليس بيمين إلا أن ينويه والله أعلم.

نوع آخر
في الحلف بذات الله تعالى

قال مشايخ العراق رحمهم الله: إذا حلف بصفة من صفات الله تعالى فهو يمين، وإن حلف بصفة من صفات الفعل فليس بيمين، وجعلوا للتفاضل بين صفات الذات، وبين صفات الفعل علامة فقالوا: كل صفة يوصف الله تعالى بها وبضدها فهي من صفات الفعل كأوصاف الغضب والرحمة والسخط فهذه الصفات مما يوصف الله تعالى بها وبضدها كما يقال: الله تعالى يرحم المؤمنين ولا يرحم الكفار، ويرضى عن المتقين ويغضب عن المنافقين، وكل صفة يوصف الله تعالى حمداً ولا يوصف بضدها فهي من صفات الذات كالعظمة والعزة، قالوا: والقياس أن يكون قوله: وعلم الله يميناً لأن العلم من صفات الذات يوصف الله تعالى به ولا توصف بضده، إلا أنا تركنا القياس فيه لأنه

كثير الاستعمال بهذا اللفظ فيما بين الناس للمعلوم يقول الرجل في دعائه: اللهم اغفر لنا علمك فينا أي معلومك، ويقال: علم أبي حنيفة رحمه الله فانصرف مطلق اللفظ إليه وصار كأنه قال: ومعلوم الله، ولو قال هكذا لا يكون يميناً، كذا هاهنا.

ومشايخ ما وراء النهر رحمهم الله قالوا: إن حلف بصفة تعارف الناس الحلف بها فهو يمين، وإن حلف بصفة لم يتعارف الناس الحلف لا يكون يميناً، بهذا لأن الحلف بالله تعالى إنما عرف يميناً بالشرع والشرع جعل الحلف بالله تعالى يميناً إذا جعل الحلف باسم من أسماء الله تعالى؛ لأن الشرع ورد بالحلف بالله وإنه اسم من أسماء الله تعالى فأما الصفة بين الاسم وغيره على ما قيل صفات الله تعالى لا هو ولا غيره يكون يميناً فكان بين الاسم وغيره فإذا اتصل به تعارف الناس في الحلف به يترجح جانب الاسم فيصير ملحقاً بالاسم فيصير حالفاً [٣٦١ب/١] حتى حنث ولزمه الكفارة هل يصير كافراً اختلف المشايخ فيه قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، والمختار للفتوى أنه إن كان عنده أنه يكذب حتى أتىٰ بهذا الشرط ومع هذا أتى به يصير كافراً لرضاه بالكفر، وكفارته أن يقول: لا إلٰه إلا الله، وإن كان عنده أنه أتى بالشرط لا يصير كافراً لأنه يكفر، لأن هذه الألفاظ صارت كناية عن اليمين بالله فكأنه قال: والله إن فعلت كذا، ولو قال: والله إن فعلت كذا وفعل لا يصير كافراً كذا هاهنا، وهذا إذا حلف بهذه الألفاظ على أمر في المستقبل.

أما إذا حلف بهذه الألفاظ على أمر في الماضي بأن قال: يهودي أو نصراني أو مجوسي، إن كان فعل كذا أمس وهو يعلم أنه قد كان فعل لا شك أنه لا يلزمه الكفارة عندنا لأنه يمين غموس، وهل: يصير كافراً؟ اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، بعضهم قالوا: يصير كافراً لأنه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بما هو موجود للخبر فكأنه قال: هو يهودي.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: والمختار للفتوى أنه إن كان عنده أن هذا يمين ولا يكفر متىٰ حلف به لا يكفر، وإن كان عنده أنه يكفر متى حلف بذلك يكفر لرضاه بالكفر.

وأما إذا قال: لعلم الله أنه فعل كذا وهو يعلم أنه لم يفعل، أو قال: بعلم الله أنه لم يفعل كذا وقد علم أنه فعل. اختلف المشايخ رحمهم الله فيه عامتهم أنه يصير كافراً لأنه وصف الله تعالى بما لا يجوز أن يوصف به لأنه وصف بكونه عالماً بوجود الفعل منه في الماضي ولم يوجد منه ذلك الفعل والعلم موجود. . . .[1] من لم يوجد لا يكون فقد وصف الله تعالى بما لا يوصف به فيكون كفراً كما لو وصف بالجهل أو بالعجز.

ولو قال: هو يأكل الميتة إن فعل كذا لا يكون يميناً. وكذلك إذا قال: هو مستحل الميتة أو يستحل الخمر أو الخنزير لا يكون يميناً، وكان يجب أن يكون يميناً لأن

(١) بياض بالأصل.

استحلال الحرام كفر فقد علق الكفر بالشرط وتعليق الكفر بالشرط يمين، كما لو قال: هو يهودي إن دخل الدار قلت: استحلال هذه الأشياء ليس بكفر لا محالة، فإن في حالة الضرورة تصير هذه الأشياء حلالاً ولا يكون كفراً، أو إذا احتمل أن يكون استحلال هذه الأشياء كفراً كما في غير حال الضرورة فيكون يميناً، واحتمل أن لا يكون كفراً كما في حالة الضرورة فلا يكون يميناً لا يصير يميناً بالشرك بخلاف قوله: هو يهودي إن فعل كذا لأن اليهودي من أنكر رسالة محمد عليه السلام وإنكار رسالة محمد عليه السلام كفر على كل حال.

والحاصل أن كل شيء هو حرام حرمة مؤبدة بحيث لا تسقط حرمته بحال من الأحوال كالكفر، وأشباهه فاستحلاله معلقاً بالشرط يكون يميناً، وكل شيء هو حرام بحيث تسقط حرمته بحال كالميته والدم والخمر وأشباه ذلك فاستحلاله معلقاً بالشرط لا يكون يميناً.

ولو قال: إن فعلت كذا فاشهدوا عليَّ بالنصرانية فهو يمين. ذكره الفقيه أبو الليث رحمه الله في «فتاويه» لأن هذه بمنزلة قوله هو نصراني إن فعل كذا.

وفي «مجموع النوازل» إذا قال: أنا شر من المجوسي إن فعلت كذا أزهر ارفع وتو تبرم إن فعلت كذا كان يميناً، وكذلك إذا قال: أنا شريك النصارى، أو قال: أنا شريك الكفار إن فعلت كذا كان يميناً، ولو قال «اكد من اين ذن نحوا ميم موامغ خوانيد وجمعود خوانيد، وسنك ساركنيد» ثم تزوجها لا يلزمه شيء لأنه أمرهم بالقتل والشتم وما وصف نفسه به.

في «فتاوى النسفي»: ولو قال: «هرج مغان مغى كرده اندو جهودان جهودي كرده اند دركردن من كه من كاربكه دام» وقد كان فعل، وكذلك لا يلزمه شيء، ولو قال: «هرحه سلماني كردام وكافران دادام» إن فعلت كذا لا يكون يميناً، ولو قال: «سلماني نكرادم اكر فلان كاركتم» فهذا ليس بيمين لأنه لغو، إلا إذا عنى إذا ما صام وصلى لم يكن حقاً إن فعلت كذا أو إن ما عملت لم يكن حقاً، إن فعلت كذا فحينئذ يكون يميناً لأن هذا كفر وصار كما لو قال: هو كافر إن فعل كذا فعلى هذا القياس إذا قال بالفارسية: ما قال الله تعالى كذب إن دخلت الدار كان يميناً.

في آخر الباب الأول من أيمان «الواقعات»: إذا قال بالفارسية: «هذا ميدى كه إذ خداى تعالى دادم يومئذم» إن فعلت كذا فهذا يمين لأن اليأس من الله تعالى كفر فهو بمنزلة قوله: هو كافر إن فعل، كذا في أيمان «**النوازل**» والله أعلم.

نوع آخر

إذا قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من الله تعالى فهو يمين لأن البراءه من الله تعالى كفر وتعليق الكفر بالشرط يمين، ولو قال: إن فعلت فأنا بريء من الله ورسوله فهو يمين واحدة، وإذا قال ذلك الفعل يكفيه كفارة واحدة، ولو قال: فأن بريء من الله وبريء من رسوله إن فعلت فقد لزمه كفارتان لأنهما يمينان. هكذا ذكر في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله.

وفي «فتاوى أهل سمرقند» إذا قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من الله ورسوله والله ورسوله بريئان منه ففعل فعليه أربع كفارات؛ لأنهما أربعة أيمان قيل ما ذكر في «فتاوى أهل سمرقند» ليس بصحيح، وإنما الصحيح ما ذكر في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله لأنه لا بد وأن يقول: وبريء من رسوله حتى يتعدد اليمين.

ولو قال: أنا بريء من الله إن كنت فعلت كذا أمس، وقد كان فعل وهو يعلم. اختلف المشايخ رحمهم الله فيه والمختار للفتوى ما ذكرنا في قوله: هو يهودي إن كنت فعلت كذا إنه إن كان في زعمه أن مثل هذا الحلف كفر يكفر، ولو قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من القرآن فهو يمين.

ولو قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من المصحف فهذا ليس يمين بخلاف ما إذا قال: فأنا بريء مما في المصحف حتى يكون يميناً لأن الذي في المصحف القرآن. وصار كأنه قال: فأنا بريء من القرآن. ولو قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من كل آية في المصحف فهو يمين واحد. في «العيون» وكذلك إذا قال: «إن ستعد شبست أنه قرآن يزارام» فهو يمين واحدة، ولو قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من الكتب الأربعة فهو يمين واحدة، وكذلك إذا قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من القرآن والزبور والتوراة والإنجيل فحنث لزمه الكفارة واحدة لأنهما يمين [٣٦٢أ/ ١] واحدة.

ولو قال: فأنا بريء من القرآن وبريء من الزبور وبريء من التوراة وبريء من الإنجيل فهو أربعة أيمان إذا حنث يلزمه أربع كفارات، ولو قال: إن كنت فعلت كذا أمس فأنا بريء من القرآن، وقد كان فعل وعلم به، فالجواب المختار فيه كالجواب فيما إذا قال: فهو بريء من الله تعالى.

ولو دفع كتاب الفقه أو دفتر الحساب فيه مكتوب بسم الله الرحمٰن الرحيم، وقال: أنا بريء مما فيه إن فعلت كذا فهذا يمين. إذا قال: «إن خداى تعالى بيزادم وأن لا إله إلا الله تزارم وان شهد الله تزارم» إن فعلت كذا ففعل فعليه ثلاث كفارات، إذا قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من صوم رمضان أو من الصلاة فهو يمين لأن البراءة عن هذه الأشياء كفر.

ولو قال: أنا بريء الثلاثين يوماً يعني شهر رمضان إن فعلت كذا إن نوى البراءة عن فرضيتها يكون يميناً كما لو قال: أنا بريء منه الإيمان إن فعلت كذا وإن نوى البراءة عن آخرهما لا يكون يميناً لأنه غيب، وإن لم يكن له نية لا يكون يميناً في الحكم لمكان الشك، وفي الاحتياط يكون ولو قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من حجي التي حججت أو من صلاتي التي صليت فهذا لا يكون يميناً بخلاف ما إذا قال: إن فعلت كذا بريء من القرآن الذي تعلمت حيث يكون يميناً.

والفرق: أن في المسألة الأولى تبرأ عن فعله الذي فعل لا عن الحجة المشروعة والصلاة المشروعة والتبرؤ عن فعله لا يكون كفراً، أما في المسألة الثانية: تبرأ عن القرآن الذي تعلمه والقرآن قرآن قبل أن يعلمه فيكون التبرؤ منه كفراً حتى إن في المسألة الأولى لو قال: أنا بريء من الحجة، أو قال: من الصلاة كان يميناً، ولو قال: إن فعلت كذا فأنا

بريء من القبلة ذكر في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله أنه يمين. وذكر في «فتاوى أهل سمرقند» أنه ليس بيمين والصحيح أنه يمين لأن البراءة عن القبلة كفر. ولو قال أنا بريء المغلظة إن فعلت كذا ليس بيمين. ولو قال: عما في المغلظة فقد قيل: إنه ليس بيمين لأن في المغلظة أيمان وهي تعرف بها فكأنه قال: أنا بريء من الإيمان، وقيل: فإنه يمين لأن في المغلظة اسم الله تعالى فيكون هذا براءة من اسم الله تعالى، والبراءة عن أسماء الله تعالى يمين وصار كدفتر الحساب أو الفقه المكتوب فيه اسم الله تعالى.

ولو قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من الشفاعة، ذكر في «مجمع النوازل» أنه يمين وقد قيل: هو ليس بيمين وهو الأصح لأن الشفاعة إن كانت حقاً فمنكره مبتدع، وليس بكافر. وفي «فتاوى ما وراء النهر» إذا قال: إن فعلت كذا لا إلٰه لي في السماء، قال أبو الأسد وعبد الله الكرمنسي أنه يمين عندان ولا يكفر والله أعلم.

نوع آخر
في تحليف الغير

ذكر في «فتاوى أهل سمرقند»: سلطان أخذ رجلاً وحلفه: ما يزد، فقال الرجل مثل ذلك، ثم قال: «كه دوزادنه ينای» فقال الرجل مثل ذلك فلم يأت هذا الرجل يوم الجمعة لا يلزمه شيء لأنه لما قال: ما يزد وسكت ولم يقل قل يا برو إن لم أفعل كذا لم ينعقد اليمين :ويتشعب عن هذه المسألة كثير من المسائل. وفي هذا الموضع: رجل فأراد المرور عليه أن يقوم للمار فقال له المار بالفارسية: «بالله اكرجه في فقام» لا يلزم المار كفارة لأن هذا لغو من كلام.

ذكر عن إبراهيم النخعي رضي الله عنه أنه قال: اليمين على نية الحالف إن كان مظلوماً، وإن كان ظالماً فعلى نية المستحلف وبه أخذ أصحابنا رحمهم الله.

مثال الأول: إذا أكره الرجل على بيع عين في يديه فحلف المكره بالله أنه رفع إلي هذا الشيء فلان يعني به بائعه حتى وقع عنده أن ما في يده ملك غيره فلا يكرهه على بيعه ويكون كما نوى ولا يكون ما حلف يمين غموس لا حقيقة ولا معنى، أما حقيقة فلأنه نوى ما يحتمله لفظه فيجعل ما نوى كالمصرح به، ولو صرح بما نوى كان صادقاً. فكذا إذا أضمر ذلك فعليه دل ما معنى، ولأن يمين الغموس ما ينقطع بها حق أمرىء مسلم ولم يوجد ذلك هاهنا لأن الحالف لم يقطع حق غيره إنما دفع الظلم عن نفسه.

ومثال الثاني: إذا ادعى عيناً في يدي رجل أني اشتريت منك هذا العين بكذا وأنكر الذي في يده الشراء فأراد المدعي أن يُحلّف المدعى عليه بالله ما وجب عليك تسليم هذا العين إلى هذا المدعي فيحلف المدعى عليه على هذا الوجه ويعني التسليم إلى هذا المدعي بالهبة والصدقة لا بالبيع، وهذا إن كان صادقاً فيما حلف فلم يكن بما حلف يمين غموس حقيقة؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه فهو يمين غموس معنى؛ لأنه قطع بهذا اليمين حق امرىء مسلم فلا تعتبر نيته، لهذا كان المعنى في ذلك أن المدعى عليه إذا كان ظالماً فاليمين مشروعة لحق المدعي لمنع المدعى عليه عن اليمين فيصير المدعي إلى حقه، وإن

حلف كاذباً يهلك بسبب اليمين الكاذبة كما أهلك حقه فيكون إهلاكاً، فإذا أهلك كالقصاص وإن يحصل هذا المعنى إذا اعتبر بنية الحالف المستحلف، أما إذا لم يكن المدعى عليه ظالماً فاليمين مشروعة لحق المدعى عليه حتى ينقطع منازعة المدعى معه من غير حجة فيعتبر نية الحالف في ذلك ولهذا يعتبر في اليمين على الحالف على ما قال عليه السلام «من حلف على يمين لا يستثني فالبر والإثم فهما على علمه»[١] يعني إذا حلف وعنده أن الأمر كما حلف عليه ثم تبين خلافه لم يكن آثما في يمينه ويعتبر فيه ما عند صاحب الحق.

قال الشيخ الإمام الزاهد شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله: وهذا الذي ذكرنا في اليمين بالله، فأما إذا استحلف بالطلاق والعتاق فهو ظالم أو مظلوم فنوى خلاف الظاهر بأن نوى الطلاق عن الوثاق أو نوى العتاق عن عمل كذب أو نوى الإخبار فيه كاذباً فإنه يصدق فيما بينه وبين ربه حتى لا يقع الطلاق ولا العتاق فيما بينه وبين ربه لأنه نوى ما يحتمله لفظه فالله مطلع عليه إلا أنه إن كان مظلوماً لا يأثم الغموس لأنه ما قطع بهذا اليمين حق امرىء مسلم، واذا كان يأثم الغموس، وإن كان ما نوىٰ صدقاً حقيقة لأن هذه اليمين غموس معنى لأنه قطع بها حق امرىء مسلم.

قال القدوري في «كتابه» ما نقل عن إبراهيم أن اليمين على نية المستحلف إن كان الحالف ظالماً فهو صحيح في الاستحلاف على الماض؛ لأن الواجب باليمين كاذباً الإثم فمتى كان ظالماً فهو آثم في يمينه وإن ما يحتمله لفظه لأنه توصل بهذه اليمين إلى ظلم غيره هذا المعنى [٣٦٢ب/١] لا يتأتىٰ في اليمين على أمر في المستقبل فيعتبر فيه نية الحالف على كل حال، رجل قال لآخر: والله لا آتي إلى ضيافتك، فقال رجل آخر للحالف ولا تجيء إلى ضيافتي أيضاً، قال: نعم يصير حالفاً في حق الثاني بقوله: نعم حتى لو ذهب إلى آخر ضيافة الأول وإلى ضيافة الثاني حنث في يمينه.

في «مجموع النوازل» إذا قال لآخر: الله لتفعلن كذا، أو قال: والله لتفعلن كذا، فقال الآخر: نعم، وأراد كل واحد منهما أن يكون حالفاً فكل واحد منهما حالف لأن قوله: نعم جواب. والجواب يتضمن إعادة ما في السؤال فكأنه قال: والله لأفعلن كذا فكان يميناً، وإن أراد المبتدىء أن يكون مستحلفاً، وأراد المجيب أن لا يكون عليه يمين وأن يكون قوله نعم على ميعاد من غير يمين فهو كما نوى ولا يمين على واحد منهما لأن المبتدىء والمجيب كل واحد نوى من كلامه ما يحتمله لفظه، وإن لم يكن لواحد منهما نية ففي قوله: الله، الحالف هو المجيب، وفي قوله: والله الحالف هو المبتدىء.

وفي «المنتقى» إذا قال: الله لتفعلن كذا ولا نية له أن يكون هذا حلفاً ولا استحلافاً فهو على الاستحلاف ولا شيء على واحد منهما إن لم ينو المجيب الحلف، وإن نوى القائل بذلك الحلف فهو حلف منه، وإن قال: والله لتفعلن كذا ولا نية له فهذا حلف من

---

(١) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.

القابل وإن نوى استحلافاً فهو استحلاف، ولو قال: والله لتفعلن كذا وكذا غداً فقال الآخر: نعم ولا نية لواحد منهما فالحالف هو المجيب.

نوع آخر
في تكرار الاسم ما يكون يميناً واحدة أو يمينين

قال محمد رحمه الله في «الجامع الكبير» إن قال الرجل: والله والرحمٰن لا أفعل كذا كان يمينين حتى إذا حنث بأن فعل ذلك الفعل كان عليه كفارتان في ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنها يمين واحدة، والأصل في جنس هذه المسائل أن الحالف بالله تعالى إذا ذكر اسمين وبنىٰ عليهما الحالف فإن كان الاسم الثاني يصلح نعتاً للاسم الأول ولم يذكر بينهما حرف العطف كانا يميناً واحدة باتفاق الروايات كلها كما في قوله: والله الرحمٰن لا أفعل كذا؛ لأن الثاني لما صلح نعتاً للأول لا بد وأن يجعل نعتاً كما في قوله مررت بالزيد الصالح كان الصالح نعتاً للزيد. قلنا والنعت مع المنعوت شيء واحد، وإن كان الاسم الثاني يصلح نعتاً للاسم الأول، وذكر بينهما حرف العطف كانا يمينين في ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنها يمين واحدة بيانه في قوله: والرحمن والرحيم لا أفعل كذا.

وجه هذه الرواية أن هذه الواو يجوز أن يكون واو العطف فيكون الخبر المذكور للاسم الثاني خبر الأول فيكون يمينين على هذا الاعتبار، ويَجوز أن يكون واو القسم لا واو العطف لأن واو القسم غير واو العطف فإن واو القسم مما يبتدأ به وحرف العطف مما لا يبتدأ به، وعلى هذا التقدير يصير تاركاً القسم بالاسم الأول مبتدئاً القسم بالاسم الثاني كأنه قال: والله وسكت، ثم قال: والرحيم لا أفعل كذا فيكون يميناً واحدة وقع الشك في ثبوت ما زاد على اليمين الواحدة فلا تثبت الزيادة بالشك.

وجه ظاهر الرواية أن هذا الواو إذا احتمل أن يكون واو العطف وأن يكون واو القسم حمل على واو العطف عند الإطلاق لأن الواو يحتاج إليه للعطف إذ العطف بدونه لا يصح غير محتاج إليه للقسم لأن القسم بدون الواو صحيح فكان جملة ما يحتاج إليه أولى، وإذا حملنا على واو العطف صار الخبر المذكور للاسم الثاني مذكوراً للاسم الأول، فكانا يمينين. هذا إذا كان الاسم الثاني يصلح نعتاً للأول.

فأما إذا كان الاسم الثاني لا يصلح نعتاً للأول إن ذكر بينهما حرف العطف كما في قوله: والله والله لأفعل كذا، كانا يمينين في ظاهر الرواية، وروى ابن سماعة عن محمد أنها يمين واحدة، وهكذا روي عن أبي يوسف في «المنتقى»، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لما قلنا في قوله: والله والرحمٰن وإن لم يذكر بينهما حرف العطف كانت يميناً واحدة باتفاق الروايات. هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في «شرحه الجامع» بيانه في قوله: والله والله ويكون ذكر الاسم الثاني على سبيل التكرار والإعادة للأول.

وفي «المنتقى» إذا قال: والله والله والله لا أفعل كذا. قال محمد رحمه الله فذلك ثلاثة أيمان في القياس بمنزلة قوله: والله والرحمن والرحيم لا أفعل كذا، وفي

الاستحسان يكون يميناً واحدة، ولو قال: والله ووالله لا أفعل كذا. القياس أن يكون يمينين، وفي الاستحسان يكون يميناً واحدة، قال: على هذا معاني كلام الناس ومعنى هذا الكلام أن الناس في عرفهم وعاداتهم يريدون بذلك يميناً واحدة إلا أنهم يكررون ذلك للتأكيد.

وفيه أيضاً إذا قال: والله لا أفعل كذا، الله لا أفعل كذا، فهما يمينان، وكذلك إذا قال: والله أفعل كذا الله لا أفعل كذا فهما يمينان. وكذلك إذا قال: هو يهودي إن فعل كذا، وهو نصراني إن فعل كذا فهو يمين واحدة.

وعن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله في «القدوري» في من حلف في مقعد واحد بأيمان قال: عليه بكل يمين كفارة والمجلس والمجالس في ذلك سواء. وإن عنىٰ باليمين الثانية الأولى لم يستقم ذلك في اليمين بالله تعالى، لأن وجوب الكفارة في اليمين بالله بذكر الاسم والثاني غير الأول في الذكر، وهو ليس بإخبار عن الأول.

قال: وإن كان حلفاً بحج أو عمرة فهذا يستقيم لأن الصفة صفة إخبار فيستقيم إرادته الإخبار عن الأول وفي أيمان «الأصل» في باب من الأيمان إذا حلف الرجل على أمر لا يفعله أبداً ثم حلف في ذلك المجلس أو في مجلس آخر لا يفعله أبداً إن نوى بالثانية يميناً مبتدأ أو نوى التغليظ والتشديد على نفسه أو لم ينوِ شيئاً كانتا يمينين حتى إذا حنث كان عليه كفارة يمينين وإن نوى بالثانية الأولى كان عليه كفارة يمين واحدة. وفي «البقالي» عن ابن سلام: إذا قال: أنا أعقد الزنار على نفسي كما يعقده النصارى، وأنا بريء مما أتى به جبريل صلوات الله وسلامه عليه إنهما يمينان والله أعلم.

الفصل الثالث
في بيان أنواع اليمين وأحكامها

يجب أن يعلم أن اليمين بالله تعالى [٣٦٣أ/ ١] على نوعين:

١ ـ نوع في الإثبات.

٢ ـ نوع في النفي.

وكل نوع من ذلك على وجهين:

إما أن يكون مطلقاً أو مؤقتاً. فأما المطلق في الإثبات بأن قال مثلاً: والله لآكلن هذا الطعام والله لأشرب هذا الماء أو هذا الشراب ولم يقل اليوم وما أشبهه فالبر فيه إنما يكون بتحصيل الأكل أو الشرب في العمر، ويفوت البر بهلاك الحالف أو المحلوف عليه، حتى أن في هذه المسألة إذا هلك الطعام بأن احترق أو أكله غيره أو ما أشبه ذلك أو مات الحالف يقع الحنث وتلزمه الكفارة؛ لأن شرط الحنث قد وجد واليمين باقية لأن شرط الحنث في هذه المسألة فوات أكل أو شرب غير مقدر بالوقت لأنه لم يذكر ليمينه وقتاً. ألا ترى أنه لو هلك الطعام في ساعته يحنث في يمينه. وهاهنا بهلاك الطعام أو

الماء فات الأكل والشرب واليمين قائمة لأنها لم تنحل قبل ذلك، وكذلك يهلك الحالف بفوت الأكل واليمين قائمة لأن الأكل يفوت إذا وقع اليأس عن فعله في آخر جزء في آخر حياته، واليمين قائمة فيمكن القول بالحنث وإيجاب الكفارة.

وأما إذا وقت لذلك وقتاً بأن قال مثلاً: والله لآكلن هذا الطعام اليوم، والله لأشربن هذا الشراب اليوم، فالبر فيه إنما يكون بتحصيل الأكل والشرب في اليوم، ويفوت البر بمضي اليوم مع بقاء الطعام والشراب، وبقاء الحالف ولا يفوت البر بموت الحالف قبل مضي اليوم حتى لا يحنث في يمينه بالاتفاق، وهل يفوت البر بهلاك الطعام والشراب قبل مضي اليوم؟ أجمعوا على أنه لا يفوت قبل مضي اليوم، حتى لا يلزمه الكفارة قبل مضي اليوم، واختلفوا فيما إذا مضى اليوم. قال أبو يوسف يفوت وتجب الكفارة، وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: يفوت ولا تجب الكفارة.

وعلى هذا لاختلاف إذا قال: والله لأقضين حق فلان غداً فقضاه اليوم أو أبرأه الطالب اليوم، ثم جاء الغد فمضى فالمسألة على هذا الاختلاف. وعلى هذا الخلاف إذا حلف ليقضين حق فلان يوم الجمعة، أو قال: إن لم أدفع إليك حقك يوم الجمعة فكذا فمات فلان قبل يوم الجمعة بطلت اليمين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وحاصل الخلاف راجع إلى حرف أن بهلاك المحلوف عليه قبل مضي اليوم أو بهلاك الحالف قبل مضي اليوم هل تنحل اليمين؟ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تنحل لأن بهلاكها يفوت محل اليمين وهو محتمل للصدق والكذب فيحل اليمين عندهما خبر محتمل للصدق والكذب. ألا ترى أن عندهما لا ينعقد اليمين ابتداءً إذا لم يكن الخبر محتملاً للصدق حتى إن من حلف وقال: والله لأشربن الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه لا ينعقد اليمين عندهما، وإنما قلنا بأن هلاك الحالف أو المحلوف عليه يفوت الجزاء الذي هو محتمل للصدق لأن تحقيق الصدق فيما أخبر بعد هلاكها لا يتصور، وإذا انحلت اليمين هلاك أحدهما بشرط الحنث وهو عدم الأكل وجد واليمين منحلة فلا يقع الحنث، وعند أبي يوسف بهلاكها لا تنحل اليمين لأن بهلاكها قبل مضي اليوم لا يقوم محل اليمين عنده لأن محل اليمين عنده خبر في المستقبل وكونه محتملاً للصدق. **[فصل في الباب]**. ألا ترى أن كون الخبر في المستقبل محتملاً للصدق ليس بشرط لانعقاد اليمين ابتداءً حتى إن في مسألة الكوز ينعقد اليمين عنده، فكذا كون الخبر محتملاً للصدق لا يكون شرطاً لبقاء اليمين فيوجد شرط الحنث واليمين باقية فيقع الحنث...[1] الكلام إلى الابتداء.

وجه قول أبي يوسف: أن القدرة على تحقيق الصدق ليست بشرط لانعقاد اليمين استدلالاً بمسألة مس السماء وتحويل الحجر ذهباً فإن من حلف فقال: والله لأمسن السماء لأحولن الحجر ذهباً فإنه ينعقد يمينه، وكذلك إذا حلف ليقتلن فلاناً وفلان ميت

(١) بياض بالأصل.

وهو يعلم بموته فإنه ينعقد يمينه إن كان عاجزاً عن تحقيق الصدق، وإذا لم تكن القدرة على تحقيق الصدق فيما أخبر شرطاً الانعقاد اليمين لا يكون كون الخبر محتملاً للصدق شرطاً أيضاً لأن المقصود من كون الخبر محتملاً للصدق هو تحقيق الصدق فيما أخبر، لأن البر به يقع وهو المقصود من اليمين.

وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا: اليمين في الأصل شرعت لإيجاب الصدق في الخبر فيكون محله بحيث يحتمل الصدق لأن محل العقد ما يتصور فيه حكم العقد كمحل البيع فإن محل البيع ما يتصور فيه حكم البيع هو عين هو قال: لأن البيع شرع لإيجاب المال. فكذا اليمين شرع لتحقيق الصدق فيما أخبر وتحقيق الصدق فيما أخبر إنما يكون في خبر يحتمل الصدق، والصدق إنما يتحقق فيما أخبر بالأكل والشرب، والأكل والشرب لا يتحقق، والمأكول والمشروب معدومان فالفعل بدون محله لا بتصور والصدق إنما يتصور بتصور الفعل.

وأما إذا حلف ليقتلن فلاناً وفلان ميت قلنا ذكر محمد رحمه الله مسألة القتل. في «الأصل» على التفصيل فقال: إذا كان الحالف يعلم بموته وقت الحلف يحنث بالإجماع.

وإذا كان لا يعلم بموته فعلى قول أبي حنيفة ومحمد لا ينعقد يمينه، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله ينعقد، وفي مسألة الكوز لم يفصل بينما إذا علم الحالف وقت الحلف ليس في الكوز ماء وبينما إذا لم يعلم، فمن مشايخنا من قال مسألة الكوز على التفصيل أيضاً لأن المعنى لا يوجب الفصل بينهم من فرق بينهما، وإطلاق محمد رحمه الله في مسألة الكوز يدل على التفريق، والفرق وهو أن في شأن إزالة الروح والتضييع والجرح فمتىٰ لم يعلم الحالف بموت فلان فقد عقد يمينه على الأمرين على الجرح وانزهاق الروح القائم وقت الحلف وانزهاق الروح القائم وهو ميت مستحيل الكون فلم ينعقد يمينه، وإذا علم موته فقد عقد بيمينه على ما يتأتىٰ فيه وهو الجرح، فإن جرحه فقد بر في يمينه وما لا فلا.

وفي مسألة الكوز ينعقد يمينه على إيجاد الشرب في الماء المشار إليه وإيجاد الشرب في ماء مشار إليه بدون الماء مستحيل الكون، وقد عقد يمينه على ما هو مستحيل الكون فلا ينعقد فلهذا افترقا.

وذكر في طلاق «المنتقى» مسألة القتل على خلاف ما ذكر في «الأصل». قال: إذا قال الرجل: عبده حر إن لم أقتل فلاناً وفلان ميت، فإن كان يعلم بموته حين حلف فهو بمنزلة يمينه على شرب الماء الذي في هذا الكوز لا ماء فيه فلا يحنث عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله [٣٦٣ب/ ١] لأنه لم يحلف على شيء، فإن كان لا يعلم بموته حين حلف فهو حانث، وقال أبو يوسف: يحنث في الوجهين.

ولو قال: إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز فعبده حر، أو قال: فامرأته طالق فأريق الماء أو مات الحالف إن لم يؤقت لذلك وقتاً لزمه الحنث وطلقت المرأة وعتق العبد، وإن وقت لذلك وقتاً بأن قال: اليوم إن أُريق الماء قبل مضي اليوم لا يلزمه الحنث قبل مضي اليوم بالإجماع وهل يلزمه الحنث بعد مضي اليوم؟ على قول أبي حنيفة ومحمد

رحمهما الله: لا يلزمه الحنث. وعلى قول أبي يوسف: يلزمه. وإن مات الحالف قبل مضي اليوم لا يلزمه الحنث بالإجماع، وإن لم يكن في الكوز ماء فهو على الخلاف الذي مر.

وإذا قال: لأفعلن كذا وذكر لذلك وقتاً فإن قال: شهر، أو يوم أو ما أشبه ذلك أو لم يذكر له وقتاً فله أن يفعل ذلك الفعل متى شاء ولا يلزمه الفعل من وقت اليمين وإذا قال: لا أفعل فهو من وقت اليمين.

الفصل الرابع
في اليمين إذا جعل لها غاية

إذا جعل الحالف ليمينه غاية وفاتت الغاية بطلت اليمين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى إذا قال لغيره: والله لا أكلمك حتى يأذن لي فلان، أو قال لغريمه: والله لا أفارقك حتى تقضي حقي فمات فلان قبل الإذن برىء من غير المال فاليمين ساقطة في قول أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف رحمهم الله، وعلى هذا إذا حلف ليوفين فلاناً ماله اليوم فأبرأه الطالب. وعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل.

إذا قال: إن فعلت كذا ما دمت ببخارى فكذا فخرج من بخارى ثم رجع وفعل ذلك يجب أن يعلم بأن كلمة ما زال وما دام وما كان غاية ينتهي اليمين بها، فإذا حلف لا يفعل كذا ما دام ببخارى فخرج تنتهي يمينه بالخروج، فإذا عاد عاد واليمين منتهية فإذا فعل ذلك الفعل لا يحنث.

في «القدوري» وكذلك إذا حلف لا يشرب النبيذ ما دام ببخارى فخرج وعاد وشرب لا يحنث في يمينه.

في «فتاوى الفضلى». وعلى هذا إذا حلف لا يصطاد ما دام فلان في هذه البلدة وفلان أمير هذه البلدة فخرج الأمير إلى بلدة أخرى لأمر فاصطاد الحالف قبل رجوعه أو بعد رجوعه لا يحنث في يمينه لأن اليمين انتهى بخروج الأمير.

في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: وعلى هذا إذا حلف لا يدخل دار فلان ما دام فلان فيها فخرج فلان بأهله ثم عاد ودخل الحالف لا يحنث في يمينه لأن اليمين انتهت بخروجه.

في «العيون»: وعلى هذا إذا حلف لا يكلم فلاناً ما دام في هذه الدار فخرج بمتاعه وأثاثه ثم عاد وكلمه لا يحنث في «القدوري» والمعنى ما ذكرنا.

ثم في بعض هذه المسائل ذكر خروجه بأهله ومتاعه، وفي بعضها ذكر خروجه ولم يذكر إخراج أهله وعياله، ونص في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله في مسألة أخرى أن إخراج أهله ومتاعه شرط فإنه قال: إذا قال الآخر: والله لا أكلمك ما دمت في هذه الدار فهو على ما كان ساكناً فيها ولا يسقط يمينه إلا بانتقال يبطل السكنى لأن قوله ما دمت في

هذه الدار عبارة عن قوله ما سكنت فإنما ينتهي اليمين ببطلان السكنى وذلك بانتقال أهله ومتاعه وأثاثه على ما يأتي بيانه في فصل السكنى إن شاء الله تعالى.

ونص الفضلي في «فتاويه» أن نقل أهله ومتاعه ليس بشرط وخروج المحلوف عليه بنفسه يكفي لانتهاء اليمين فإنه قال في مسألة الشرب: لو خرج من بخارى بنفسه لا غير، ثم شرب لا يحنث إلا إذا عنى بقوله: ما دمت ببخارى أن تكون بخارى وطناً له.

وفي «القدوري» إذا قال: والله لا أكلم فلاناً ما دام عليه هذا الثوب أو ما كان عليه أو ما زال عليه فنزعه ثم لبسه فكلمه لا يحنث. ولو قال: لا أكلمه وعليه هذا الثوب فنزعه ثم لبسه وكلمه حنث لأن في هذه الصورة ما جعل اليمين مؤقتاً بوقت بل قيده بصفة فيبقىٰ اليمين ما بقيت تلك الصفة.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله إذا قال لأبويه: إن تزوجت ما دمتما حيين فكذا، فتزوج امرأة في حياتهما وحنث، لو تزوج امرأة أخرى في حياتهما لا يلزمه الحنث، ولو قال: لكل امرأة أتزوجها ما دمتما حيين، وقال بالفارسية: «هررنى» يلزمه الحنث بكل امرأة يتزوجها ما داما حيين فإن مات أحدهما. روي عن محمد رحمه الله أنه سقط اليمين حتى لو تزوج امرأة بعد ذلك لا يلزمه حكم الحنث لأن شرط الحنث التزوج ما داما حيين ولا يتصور ذلك بعد موت أحدهما فيسقط اليمين ضرورة.

وفي «المنتقى» رواية مجهولة إذا قال لأبويه: كل امرأة أتزوجها فهي طالق حتى تموتا فمات أحدهما لا يسقط اليمين، ولو قال: كل امرأة أتزوجها ما دمتما حيين فمات أحدهما لا يسقط اليمين حتى لو تزوج امرأة بعد ذلك لا يلزمه الحنث.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله إذا قال لامرأته: والله لا أكلمك ما دام أبواك حيين فكلمها بعد ما مات أحدهما لا يحنث لأن اليمين قد سقط بموت أحدهما وفي هذا الموضع إذا حلف لا يأكل هذا الطعام ما دام في ملك فلان، فباع فلان بعضه ثم أكل الحالف الباقي لا يحنث لأن اليمين قد انتهى ببيع البعض.

وإذا قال لغيره: إن لم أخبر فلاناً بما صنعت حتى يضربك فعبدي حر أو قال: امرأتي طالق، فأخبر فلاناً بما صنع فلم يضربه حتى مات لا يحنث في يمينه الأصل أن كلمة حتىٰ تجيء في كلام العرب بمعنى الغاية، قال الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ ٱلْخَيْطُ ٱلْأَبْيَضُ مِنَ ٱلْخَيْطِ ٱلْأَسْوَدِ﴾ [البقرة: ١٨٧] وتجيء بمعنى لام السبب قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَـٰمَ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٦] معناه ليسمع كلام الله. وتجيء بمعنى العطف يقال: جاءني القوم حتى زيد، أي: وزيد معهم غير أنها في الأصل للغاية فيحمل على الغاية ما أمكن، وشرط إمكان حملها على الغاية أن يكون ما دخل عليه كلمة حتى قابلاً للامتداد، وأن يكون ما دخل عليه كلمة حتى مقصوداً ....[1] في أنها المحلوف عليه، وفي تركه، فإن تعذر حملها على الغاية تحمل على لام السبب، وشرط

---

(١) بياض بالأصل.

إمكان حملها على لام السبب أن يكون العقد معقوداً على فعلين أحدهما من جهته والآخر من جهة غيره ليصلح أحدهما خبراً للآخر فإن تعذر حملها على لام السبب تحمل على العطف، ومن حكمة الغاية أن يشترط وجودها للبر، فإن أقلع عن الفعل قبل الغاية يحنث في يمينه، ومن حكم لام السبب أن يشترط وجود ما يصلح سبباً لا وجود المسبب، ومن حكم العطف أن يشترط وجودها للبر.

وإن ثبت هذا جئنا إلى تخريج المسألة فنقول: شرط البر في هذه المسألة إخبار مطلقاً إخبار ينتهي بالضرب، لأن الإخبار مما لا يمتد، ولهذا يضرب له مدة فلا يقال: أخبر به يوماً أو شهراً أو ما أشبه ذلك فلا يمكن [٣٦٤أ/ ١] حمل حتى على الغاية فيحمل على لام السبب ما أمكن ذلك لأن الإخبار يصلح سبباً للضرب لأنه بالإخبار بما صنع أعداه على الضرب فحمل عليه كأنه قال: إن لم أخبر فلاناً بما صنعت ليضربك. وهذا وقوله: إن لم أسبب لضربك ليضربك سواء، فإذا أخبر قد سبب لضربه فيبر في يمينه.

وهو نظير ما لو حلف ليهبن فلاناً ثوباً حتى يلبسه، أو دابة حتىٰ يركبها فوهبه برّ في يمينه لبسه فلان أو لم يلبس، ركبها فلان أو لم يركب، وكذلك لو حلف ليشهدن عليه بكذا بين يدي القاضي حتى يقضي به عليه فشهد عليه، ولم يقض القاضي به بر من يمينه، ولو قال: إن لم أضربك حتى يضربني فكذا، فضربه الحالف بر من يمينه ضرب المحلوف عليه الحالف لا يصلح غاية لما ذكرنا أن غاية الشيء مما يؤثر في إنهائه، وضرب المحلوف عليه الحالف يدعوه إلى زيادة الضرب لا إلى تركه وإنهائه فلا يصلح غاية، أما يصلح خبراً فيحمل عليه.

ولو قال: إن لم أضربك حتى يدخل الليل أو حتى يشفع لك فلان أو حتى يصلح، أو حتى يشتكي فأقلع عن الضرب قبل هذه الأشياء يحنث في يمينه؛ لأن هذه الأشياء تصلح غاية للضرب؛ لأن الإنسان يمتنع عن الضرب بهذه الأمور فصار شرط النية الضرب الممتد إلى هذه الأشياء، فإذا أقلع قبل هذه الأشياء لم يوجد شرط البر يقع الحنث ضرورة.

وكذلك إذا قال لغريمه: إن لم آتك حتى تعطيني حقي فتركه قبل أن يقضيه حنث؛ لأن الملازمة مما يمتد وإنما ينتهي عند وجود القضاء عادة فحمل كلمة (حتى) على الغايه وصار شرط البر ملازمة ممتدة إلى وقت الاستيفاء.

ولو قال: عبده حر إن لم آتك اليوم حتى أتغدىٰ عندك، أو قال: إن لم تأتني اليوم حتى تتغدَّى عندي، أو قال: إن لم آتك اليوم حتى أعذبك، أو قال: إن لم تأتني اليوم حتى تعذبني، أو قال: إن لم آتك اليوم حتى أجربك كان وجودها شرطاً للبر لأنه لا يمكن حمل حتى على الغاية لأن الإثبات مما لا يمتد، وإنه ظاهر، ولا على لام السبب لأنه عقد اليمين على فعلين من جهة واحدة، وفعل الإنسان لا يصلح حداً لفعله فحمل على العطف وصار تقدير يمينه إن لم آتك فأتغدى عندك، ولو نص على هذا كان وجودهما شرطاً للبر، كذا هاهنا.

وإن أطلق الكلام إطلاقاً فقال: إن لم آتك حتى أتغدى عندك فكذا فأتاه ولم يتغد عنده ثم تغدى عنده في يوم آخر من غير أن يأتيه بر في يمينه لأنه لما أطلق الكلام إطلاقاً كان شرطاً لبر وجودهما في الجملة سواء اتصل أحدهما بالآخر أو انفصل عنه لتحقق البر أولاً، فرق بين وجود شرطي البر معاً وبين وجودهما على التعاقب هذه الجملة من «الزيادات».

في «المنتقى» عن ابن سماعة قال: سمعت أبا يوسف رحمه الله يقول في رجل قال لغريمه: والله لا أفارقك حتى تعطيني حقي اليوم، ونيته أن لا يترك لزومه حتى يعطيه حقه فمضى اليوم ولم يفارقه ولم يعطه حقه لا يحنث، فإن فارقه بعد مضي اليوم يحنث.

كذلك إذا قال: لا أفارقك حتى أقدمك إلى السلطان اليوم، أو حتى يخلصك السلطان مني فمضى اليوم ولم يفارقه ولم يقدمه إلى السلطان ولم يخلصه السلطان فهو سواء لا يحنث إلا بتركه. ولو قدم اليوم فقال: لا أفارقك اليوم حتى تعطيني حقي بمضي اليوم ولم يفارقه ولم يعطه حقه لم يحنث، وإن فارقه بعد مضي اليوم لا يحنث لأنه وقت للفراق ذلك اليوم.

في «المنتقى» ابن سماعة عن محمد رحمه الله إذا قال: والله لا أحج حتى أعتمر. فأحرم بعمرة في حجة وقضى بينهما حتى أنهما لا يحنث في يمينه، قال لأنه اعتمر قبل الحج وإنما يكون حاجاً حين تقف.

وفيه أيضاً: إذا حلف لا يعطي فلاناً ماله حتى يقضي عليه قاض، فقضى القاضي بذلك على وكيله، فهذا قضاء عليه لو أعطاه بعد ذلك لا يحنث.

وفي «نوادر هشام» عن أبي يوسف رحمه الله في رجل دعا جاريته إلى فراشه فأبت عليه فقال: إن لم تجيئيء الليل حتى أجامعك مرتين فأنت حرة فجاءته من ساعتها فجامعها مرة لم يزد عليها قال: تعتق. وروى عيسى بن أبان عن محمد رحمه الله إذا قال لامرأته: إن لم تجيئي الليل حتى أغشاك فأتت في تلك الليلة فلم يغشاها قال لا حنث عليه، قال: وإنما كانت اليمين على مجيئها إليه، ولم يكن على غشيانه لها، فإذا أتته فقد بر في يمينه، فإن شاء غشاها وإن شاء تركها. قال الفقيه أبو العباس رحمه الله قال أبو يوسف في مسألة الجارية إنما تعتق فيحتمل أن يكون في المسألة خلاف بينهما ويحتمل أن هناك مع ذكر الجماع ذكر عدد وليس هناك ذكر عدد.

في «المنتقى» عن أبي يوسف رحمه الله إذا قال الرجل: إن خرجت من هذه الدار حتى أكلم الذي فيه فكذا، وليس فيها أحد فخرج حنث في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف لا يحنث وهذا الجواب مشكل على القرائن جميعاً.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله إذا حلف الرجل لا يكلم فلاناً إلى قدوم الحاج فقدم واحد منهم انتهت اليمين، وكذلك لو حلف لا يكلم فلاناً إلى الحصاد فحصد واحد من أهل بلده انتهت اليمين، وعلى هذا القياس. . . .[1] هذه المسائل.

(١) بياض بالأصل.

إذا حلف لا يكلم فلاناً. . . .[1] يتقيد هذا على وجهين، أما إن نوى حقيقة وقوع الثلج أو نوى وقت وقوع الثلج ففي الوجه الأول لا يقع الحنث ما لم يقع الثلج حقيقة على الأرض وشرطه الوقوع على الأرض وشرط الوقوع على الأرض في البلد الذي الحالف فيه لا في بلد آخر، حتى لو كان الحالف في بلدة لا يقع الثلج هناك كانت اليمين باقية، وإذا نوى وقوع الثلج حقيقة فحقيقته أن يحتاج إلى كبه ولا تعتبروا ظاهر في الهواء فقالا: يستبين على الأرض إلا على لبن حائط أو حشيش وإن نوىٰ وقت وقوع الثلج لا يقع الحنث ما لم يدخل وقت وقوع الثلج وهو أول الشهر الذي يقال له، وإنما ذكره في مسألة أخرى، وقال: يمينه على وقت الوقوع لأنه هو المراد من اليمين عادة، وإذ حلف لا يكلم فلاناً إلى الموسم قال محمد يكلمه إذا أصبح يوم النحر، وقال أبو يوسف: يكلمه إذا زالت الشمس يوم عرفة.

وفي «فتاوى أهل سمرقند» إذا قال الغريم للطالب: والله لأقضين دينك إلى يوم الخميس فلم يقضه حتى طلع الفجر من يوم الخميس حنث.

ولو قال: إلى خمسة أيام وباقي المسألة بحالها لا يحنث حتى تغرب الشمس من يوم الخامس لأن الغاية في الصورة الأولى يوم الخميس وقد وجد ما طلع الفجر من يوم الخميس، وفي الصورة الثانية الغاية خمسة أيام ولا توجد الأيام الخمسة إلا بغروب الشمس من يوم الخامس.

ولو حلف لا يكلم فلاناً عشرة أيام فدخل اليوم العاشر في اليمين. وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله إذا قال الرجل: إن تزوجت امرأة إلى خمس سنين فتزوج في السنة الخامسة [٣٦٤ب/ ١] تطلق لأن السنة الخامسة داخلة في اليمين على ما ذكرنا. ألا ترى أنه لو استأجر داراً إلى خمس سنين دخلت تحت الإجارة السنة الخامسة كذا هاهنا.

وفي «فتاوى الفضلي» إذا قال: إن أكلت من خبز والدي ما لم أتزوج فاطمة، وكل امرأة أتزوجها فهي طالق، فأكل ثم تزوج فاطمة طلقت لأن عند الأكل قبل التزوج يصير قائلاً: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، ولو قال هكذا وتزوج فاطمة طلقت. كذا هاهنا والله أعلم.

ومما يتصل بهذا الفصل: إذا أرادت المرأة الخروج من الدار فقال لها الزوج: إن خرجت فأنت طالق فجلست ساعة ثم خرجت لا تطلق، وكذلك لو أراد رجل أن يضرب عبده فحلف رجل أن لا يضربه فهذا على تلك الضربة، حتى لو مكث ساعة ثم ضربه لا يحنث وسمى هذا يمين الفور، وهذا لأن الخرجة التي قصدت والضربة التي قصدت هي المقصود بالمنع عنها عرفاً وعادة فيتعين ذلك بالعرف والعادة.

وإذا دخل على رجل فقال له: تعال تغدّ معي فقال: والله لا أتغدى فذهب إلى بيته وتغدى مع أهله لا يحنث، وكذلك إذا قال الرجل لغيره: كل مع فلان فقال لا آكل. ووجه ذلك أن يمينه عقدت على غداء معين وهو الغداء الذي دعى لأن قوله: والله لا

(١) بياض بالأصل.

أتغدى خرج جواباً لسؤال المخاطب وأمكن جعله جواباً لأنه لم يزد على حرف الجواب فيجعل جواباً، والجواب يتضمن إعادة ما في السؤال والسؤال وقع عن غداء بعينه بدلالة قوله: تغد معي أي هذا الغداء فيجعل ذلك كالمصرح به في السؤال كأنه قال: تغد معي هذا الغداء، وإذا ثبت هذا في السؤال بدلالة الحال ثبت في جواب لأن الجواب يتضمن إعادة ما في السؤال، وليس كما لو ابتدأ اليمين لأن كلامه لم يخرج جواباً حتى يتقيد بل خرج ابتداءً وهو مطلق عن القيد فينصرف إلى كل غداء، بخلاف مالو قال: والله لا أتغدى معك لأنه زاد على حرف الجواب ومع الزيادة على حرف الجواب لا يمكن أن يجعل جواباً فجعل ابتداءً ولا قيد فيه، وإذا قال لغيره: كلم لي زيداً اليوم في كذا فقال: والله لا أكلمه فهذا التخصيص باليوم لأنه خرج جواباً عن الكلام السابق فتضمن إعادة ذلك.

وعلى هذا إذا قال: ائتني اليوم فقال امرأته طالق إن أتاك، قال القدوري في «شرحه» إلا إذا تخلل بين السؤال والجواب ما يقطع الجواب عنه والله أعلم.

الفصل الخامس
في الأيمان التي يقع فيها التخيير والتي لا يقع فيها التخيير

قال محمد رحمه الله في «الجامع» إذا قال الرجل: والله لا أدخل هذه الدار أو هذه فأي الدارين دخلها يحنث.

الأصل في جنس هذه المسائل أن كلمة (أو) إذا دخلت بين اسمين في النفي كانت بمعنى ولا، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ كَفُورًا﴾ [الإنسان: ٢٤] معناه: ولا كفوراً، وكذلك إذا دخلت بين اسم وفعل في النفي كانت لمعنى ولا، قال بعض أهل التفسير: معنى الآية ولا تطع منهم آثماً ولا تطع منهم كفوراً بحكم العطف وكلمة أو من حيث الصورة والظاهر دخلت بين الاسمين وهو الآثم والكفور، ومن حيث المعنى دخلت بين الاسم وهو الآثم والفعل وهو الطاعة ومتى دخل كلمة أو بين إثباتين يكون للتخيير قال الله تعالى: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ﴾ [المائدة: ٨٩] الآية ومتى دخلت بين إثبات ونفي، إن كان المذكور الثاني تصلح غاية للمذكور أولاً كانت للغاية، وإنما تعرف صلاحيته لكونه غاية للأول إذا لو صرح بكلمة حتى مكان أو يستقيم الكلام ولا يخيل بقول الرجل لغريمه لا أبرح من بابك أو تعطيني حقي، معناه: حتى تعطيني حقي، وإن كان المذكور الثاني لا يصلح للمذكور الأول غاية كانت للتخيير فكان بهذا القائل خير نفسه بين اختيار المذكور الأول وبين اختيار المذكور الثاني.

إذا عرفنا هذا جئنا إلى تخريج المسألة وهي ما إذا قال: والله لا أدخل هذه الدار أو لا أدخل هذه، فنقول كلمة أو دخلت بين اسم وهو الدار وبين فعل وهو الدخول في النفي فكانت لمعنى ولا، كأنه قال: لا أدخل هذه الدار ولا هذه الدار، ولو صرح بذلك إذا دخل في أحدهما يحنث في يمينه. كذا هاهنا.

ولو قال: والله لأدخلن هذه الدار اليوم أو لأدخلن هذه الدار الأخرى فأيهما دخل بر في يمينه؛ لأن كلمة أو دخلت بين إثباتين فكان للخبر فصار غايتها دخول إحدى الدارين مخيراً نفسه بين دخول هذه أو هذه فإذا دخل إحديهما فقد أتى بما التزم فقد بر في يمينه. وتسقط اليمين ضرورة ولو لم يدخل واحدة منهما حتى مضى اليوم حنث في يمينه.

ولو قال: والله لا أدخل هذه الدار أبداً أو لأدخلن هذه الدار الأخرى اليوم، فإن دخل الأولى حنث في يمينه وإن لم يدخل الأولى ولم يدخل الأخرى حتى مضى اليوم حنث في يمينه، ولكن إنما يحنث في هذا الوجه في يمين الإثبات، وإنما كان هكذا لا بكلمة، أو دخلت بين نفي وإثبات، والمذكور، ثانياً لا يصلح غاية للمذكور أولاً لأن ذكر الأبد في النفي ذكر اليوم في الإثبات، واليوم لا يصلح غاية للأبد؛ لأن غاية الشيء ما ينتهي بها ذلك الشيء، والأبد لا ينتهي بشيء فجعل هاهنا للتخير فقد خير نفسه بين أن يلزم يمين النفي وبين أن يلزم يمين الإثبات، فإن شاء دخل الدار الأخرى حين يسقط يمين الإثبات وإن شاء لم يدخل الدار الأخرى اليوم حتى يسقط يمين النفي.

ولو قال: والله لا أدخل هذه الدار أو أدخل هذه الدار الأخرى فدخل الأولى حنث في يمينه، وإن لم يدخل الأولى ودخل الأخرى بر في يمينه لأن كلمة أو دخلت بين نفي بين إثبات. والمذكور ثانياً يصلح غاية للمذكور أولاً؛ لأنه لم يذكر في النفي والإثبات ثانياً في الغاية، فجعلنا المذكور غاية المذكور أولاً، وجعلنا المنعقد يميناً واحدة وهي يمين النفي وغايتها دخول الدار الأخرى ألا ترى أنه لو صرح بالغاية بأن قال: والله لا أدخل هذه الدار حتى أدخل هذه الدار الأخرى كان الكلام صحيحاً مستقيماً، فإن دخل الدار الأخرى فقد وجدت الغاية فيسقط يمين النفي، وإن دخل الدار الأولى ولم يدخل الدار الأخرى فقد وجد شرط الحنث في اليمين الأولى قبل وجود الغاية وقبل انتهائها فيجب في اليمين الأولى، ولو قال: والله لا أدخل هذه الدار أو أدخل هذه الدار الأخرى فالمنعقد هاهنا يمين النفي وحدها وغايتها دخول إحدى الدارين [٣٦٥أ/ ١] الأخريين فإن دخل الدار الأولى حنث في يمين النفي، وإن لم يدخل الأولى ودخل إحدى الأخريين بر في يمينه وروي عن محمد رحمه الله فمن قال: عبده حر إن لم يدخل هذه الدار اليوم فإن لم يدخل اليوم دخل هذه قال هذا ليس باستثناء واليمين على حالها لأنه لم يوجد لفظ الخبر ههنا ولم تتغير الأولى فإذا لم يدخل الأولى اليوم حنث في يمينه.

وفي «القدوري» عن أبي يوسف: إذا قال لامرأته أنت طالق أو والله لأضربن هذا الخادم اليوم، فضربه في يومه فقد بر في يمينه ولم يقع الطلاق؛ لأن الثابت أحدهما فإذا وجد الضرب ينفي الطلاق وإن مضى اليوم قبل الضرب حنث فالخبر يبرأ ومع الطلاق فيلزم بعد اليمين لأن الثابت بأحدهما والإجمال كان منه وكان التعيين إليه.

ولو قال في ذلك اليوم اخترت أن أوقع الطلاق لزمه وبطلت اليمين ضرورة، ولو قال في ذلك: اخترت التزام اليمين وإبطال الطلاق، فإن الطلاق لا يبطل لأن اليمين لا يلزم الإنسان بالتزامه فلا يتعين بالاختيار، يوضحه: أن الاختيار مما يلزمه من الحكم

وبعد الحنث الكفارة تلزمه وقبله لا فلا يصح تعيين اليمين قبله.

عاد إلى أول المسألة، فقال: لو مات الخادم قبل الضرب فهو يخير بين الكفارة والطلاق؛ لأن الحنث ثبت في إحدى اليمينين، ولو كان الرجل هو الميت فقد وقع الحنث أو الطلاق وقد مات قبل أن يبين فلا يقع الطلاق ولها الميراث قال: وهذا التخيير من حيث التدين، يعني: فيما إذا مات الخادم ولا يجبره القاضي على ذلك لأنه لما كان مخيراً بين الكفارة والطلاق وأحدهما لا يدخل في الحكم لم يلزمه القاضي بذلك، حتى لو كان مكان الكفارة طلاق امرأة أخرى يخيره القاضي حتى يتبين لأن الواقع طلاق لا محالة وأنه يدخل في الحكم، ولو قال: أنت طالق أو عليَّ حجة لم يخيره القاضي لأن الحج لا يدخل في الحكم ولو قال: أنت طالق ثلاثاً أو فلانة عليّ حرام يعني اليمين لم يجبره القاضي حتى تمضي أربعة أشهر فإذا مضت قبل أن يقربها أجبره القاضي على أن يوقع الطلاق أو الذي تكلم به؛ لأن قبل مضي أربعة أشهر أمكنه أن يسقط ذلك عن نفسه بأن كفر بواسطة القربان فلا كذلك بعد مضي أربعة أشهر.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله: إذا قال والله لا أكلمك اليوم أو غداً حنث في الحال؛ لأنه كلمه بعد اليمين بقوله أو غداً، ولو قال: والله لأتركن كلامه اليوم فترك كلامه اليوم وكلمه غداً لا يحنث.

وروى ابن رستم عن محمد رحمه الله إذا قال: إن كلمت فلاناً فهذا حر وهذه مكاتبة قال هو مخير في إيقاعه على أيهما شاء لأن هذا معرفة. ولو قال: إن كلمت فلاناً فكل عبد أملكه أو أمة حر، فكلمه قال: هو عليهما يعتق كل عبد يملكه وكل أمة يملكها لأن هذا نكرة. وكذلك قوله: إن كلمت فلاناً فكل مملوك أملكه يوم الجمعة أو يوم الخميس حر، فهو على ما يملكه في اليومين جميعاً. ولو قال: إن كلمت فلاناً فعلي حجة أو عمرة فهو مخير لأنه معرفة والله أعلم.

الفصل السادس
في الرجل يحلف فينوي التخصيص

قال محمد في «الجامع الصغير»: إذا قال إن لبست فامرأتي طالق ونوى ثوباً دون ثوب لا تصح نيته في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى وهو قول الشافعي رحمه الله وبه أخذ الخصاف من أصحابنا رحمهم الله وقال: هذا إذا قال: إن شربت فنوى شراباً دون شراب، أو قال: إن أكلت ونوى طعاماً دون طعام لم تصح نيته في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى في ظاهر مذهب أصحابنا رحمهم الله إلا روايه عن أبي يوسف رحمه الله وأخذ بها الخصاف ولو قال: إن لبست ثوباً، أو قال: إن شربت شراباً، إن أكلت طعاماً، فنوى ثوباً بعينه أو شراباً بعينه أو طعاماً بعينه دين فيما بينه وبين الله تعالى بلا خلاف.

ووجه رواية أبي يوسف رحمه الله: أنه نوى تخصيص ما ثبت فيقتضي لفظه لأنه

نوى تخصيص الملبوس أو المشروب أو المأكول وهذه الأشياء مذكورة تقتضي لفظه؛ لأن ذكر الأكل والشرب واللبس ولا وجود بهذه الأفعال إلا بالمشروب والملبوس والمأكول ذكر لهذه الأشياء، فهو معنى قولنا: نوى تخصيص ما هو مذكور مقتضى لفظه والثابت اقتضاء كالثابت نصاً، ولو ثبت ذكر هذه الأشياء نصاً بأن قال: إن لبست ثوباً وكذلك في نظائره رجح نسبة التخصيص فكذا إذا ثبت ذكرها اقتضاء بهذا الطريق قلنا: إذا قال إن خرجت فعبدي حر فنوى خروجاً دون خروج تصح نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولظاهر رواية علمائنا رحمهم الله عبارتان.

فإن الأولى: أن النية إنما تعمل في المذكور والملفوظ لأن النية كتعيين ما يحتمله اللفظ مراد باللفظ وبعدما تبين فالحكم يثبت باللفظ فمتى لم يكن اللفظ محتملاً لما نوى لا يتعين ما نوى بلفظ لو تغير تعين نيته، ومجرد النية لا أثر لها في إثبات الحكم.

إذا ثبت هذا فنقول: الملبوس والمشروب والمأكول غير مذكور لا نصاً وهذا ظاهر ولا مقتضى لفظه لأن مقتضى اللفظة ما لا صحة للملفوظ بدونه والملفوظ ههنا صحيح بدون ذكر هذه الأشياء؛ لأن اليمين إنما عقدت لمنع فعل الأكل والشرب واللبس، ولا حاجة عند منع نفسه عن هذه الأفعال إلى وجود هذه الأشياء، إنما يحتاج إلى وجود هذه الأشياء عند مباشرة هذه الأفعال، وإذا لم تصر هذه الأشياء مذكورة أصلاً لو صحت منه التخصيص صحت في غير الملفوظ ولا وجه إليه، ولئن سلمنا أن هذه الأشياء صارت مذكورة اقتضاء، ولكن إنما صارت مذكورة بطريق الضرورة من حيث إن هذه الأفعال لا بد لها من هذه المحال إلا أن الثابت بالضرورة لا يعد واقع منع الضرورة ولا ضرورة في حق التعميم لأن بهذه الأفعال مر التعميم فلم يثبت ذكر هذه الأشياء في حق التعميم فلا يصح نيه التخصيص فيما لا عموم له بأكله.

العبارة الثانية [٣٦٥ب/ ١]: أن نيته لو صحت إما أن تصح في الملفوظ وهو قوله: إن لبست أو شربت أو أكلت، أو فيما ثبت مقتضى الملفوظ وهو الملبوس والمشروب والمأكول لا وجه إلى الأول لأنه لو صحت نيته في قوله: إن لبست إما أن تصح من حيث إنه نوى بخصوص عن العموم ولا وجه إليه؛ لأن قوله إن لبست فعل والفعل لا عموم له إنما العموم للأسماء هكذا حكي عن سيبويه وهذا لأن الاسم مشتمل على أعيان كثيرة فيكون له عموم فأما الفعل إنما يقع على معنى واحد ولا يكون له عموم ولأن الفعل وجوده بالمباشرة فتتغلب بقدر المباشرة وإما أن يصح من حيث أنه أحد نوعي الفعل ولا وجه إليه أيضاً؛ لأن اللبس غير متنوع لغة وإنما التنوع في محل اللبس ولا وجه أن تصح نيته فيما ثبت مقتضى الملفوظ وهو الملبوس بوجهين على ما بينا في العبارة الأولى وفيما إذا قال: إن لبست ثوباً إن شربت شراباً إن أكلت طعاماً إنما صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى لأن الثوب والطعام والشراب مذكور نصاً على سبيل النكرة في موضع الشرط الذي هو موضع النفي، والنكرة في موضع النفي تعم فإذا نوى شيئاً دون شيء فقد نوى الخصوص من اللفظ العام، وإرادة الخصوص من اللفظ العام جائز، ولكنه خلاف الظاهر

فلأجل الجواز يدين فيما بينه وبين الله تعالى ولمكان أنه خلاف الظاهر لا يصدقه القاضي.

ومن هذا الجنس ذكر في «الجامع الكبير» وصورتها: قال إن اغتسلت الليلة فعبدي حر، ثم قال: عنيت به الاغتسال عن جنابة لا يصدق ديانة، وعن أبي يوسف يصدق ديانة وإنما لا يصح قضاء وديانة على ظاهر الرواية؛ لأنه لو صحت نيته إما أن تصح في الملفوظ وهو قوله: إن اغتسلت ولا وجه إليه من حيث أنه نوى الخصوص عن العموم؛ لأن قوله: إن اغتسلت فعل والفعل لا عموم له ولا موجب أنه نوى أحد نوعي الفعل لأن الاغتسال غير متنوع لغة لأنه عبارة عن إهدار وإنما التنوع للأسباب التي يقع بها الاغتسال، وإما أن تصح نيته فيما ثبت مقتضى الملفوظ وهو الاغتسال ولا وجه إليه لأن الاغتسال ههنا إنما يثبت ضرورة صحة الفعل؛ لأن الفعل لا بد له من المصدر وهو الفعل ولا ضرورة في حق التعميم، لأن الفعل له بد في التعميم فكان ذكره المصدر عدماً في حق التعميم فلا يصح نية التخصيص فيه.

وفي قوله: إن اغتسلت اغتسالاً، نيته صحت في الاغتسال الذي هو مصدر والاغتسال مذكور نصاً، والمصدر قائم مقام الاسم، والاسم له عموم فتصح نية التخصيص فيه.

وإذا قال: إن خرجت، فقد ذكر هذه المسألة في «الجامع»: وجعلها على وجهين أحدهما: أن يقول: إن خرجت خروجاً، والثاني. أن يقول: إن خرجت .....[1] من ذلك على وجوه: إما إن لم ينو شيئاً وفي هذا الوجه يمينه على السفر وما دونه في الوجهين جميعاً لأن الخروج ذكر مطلقاً غير مقيد بالسفر وما دونه وإن نوى السفر إلى مكان كأن نوى السفر إلى بغداد والذي لا تصح نيته لا قضاء ولا ديانة وإن نوى السفر أو ما دون السفر صدق ديانة ولا يصدق قضاء ذكر الجواب هكذا في الوجهين.

وهذا الجواب ظاهر فيما إذا قال: إن خرجت خروجاً لأنه نوى الخصوص عن العموم فيما هو ملفوظه وهو الخروج، فإن قال: خروجاً والخروج مصدر والمصدر يقام مقام الاسم والاسم له عموم ونية الخصوص عن العموم مما هو ملفوظ به صحيحاً ديانة لا قضاء مشكل فيما إذا قال إن خرجت ولم يقل خروجاً؛ لأن الخروج إذا لم يكن مذكوراً قبله خروج دون خروج يكون نية تخصيص ما ليس ملفوظ وذلك لا يصح كما لو قال: إن اغتسلت ونوى اغتسالاً دون اغتسال حكي عن القاضي أبي القاسم رحمه الله عن القضاة الثلاثة أنهم كانوا يقولون لا تصح نيته في هذه الصورة وكانوا يقولون ما ذكر محمد من الجواب، جواب قوله إن خرجت خروجاً لا جواب قوله إن خرجت.

ومن المشايخ من قال: ما ذكر من الجواب جواب قوله إن خرجت أيضاً وهذا القائل يفرق بين قوله إن خرجت وبين قوله: إن اغتسلت.

---

(١) بياض بالأصل.

والفرق: أن الخروج في نفسه متنوع لغة، خروج مديد يسمىٰ سفراً، وخروج قصير لا يسمىٰ سفراً بل خروجاً فتصح نيته في قوله إن خرجت من حيث أنه نوى أحد نوعي الفعل فأما الاغتسال في نفسه ليس بمتنوع على ما مر.

وفي هذا الجنس إذا قال إن اغتسلت الليلة في هذه الدار فعبدي حر وقال عنيت فلاناً لا تصح نيته لأنه نوى تخصيص الفاعل والفاعل ليس بمذكور.

ولو قال: إن اغتسل هذه الليلة في هذه الدار أحد وقال عنيت فلاناً صحت نيته فيما بينه وبين الله لأن الفاعل مذكور وأنه عام فقد نوى تخصيص العام المذكور فتصح نيته وفي «الأصل» إذا حلف لا يسكن داراً لفلان وهو يعني بأجْر ولم يكن قبل ذلك كلام فسكنها بغير أجر فإنه يحنث ولا تصح نيته لأنه نوى تخصيص السكنى والسكنى الذي هو اسم غير مذكور وإنما المذكور هو الفعل وهو قوله: لا يسكن، فلا تصح نية التخصيص في الاسم، كما لو حلف لا يأكل ثم قال: عنيت طعاماً دون طعام، فإنه لا تصح نيته؛ لأن الطعام غير مذكور إنما المذكور هو فعل الأكل، فرق بين هذا وبين ما إذا حلف لا يسكن داراً يشتريها فلان ثم قال: عنيت داراً يشتريها لنفسه فإنه يكون مصدقاً وقد نوى تخصيص الشراء والشراء ليس في لفظه؛ لأنه ذكر فعل الشراء ولم يذكر الاسم وهذا قال: لا تصح نية التخصيص في السكنى؛ لأن السكنى غير ملفوظ، إنما الملفوظ هو الفعل.

ووجه الفرق بينهما أن نية الشراء ما صحت من حيث إنه نوى التخصيص وإنما صحت من حيث إنه نوى أحد نوعي الشراء فإن الشراء نوعان: ما يوجب الملك له، وما يوجب الملك لغيره، وهما يختلفان حكماً، ولا بد أن يكونا نوعين وبيان النوع جائز، وإن لم يذكر اسم ذلك النوع وإنما ذكر الفعل لا غير كما لو حلف لا يخرج ولم يقل خروجاً ثم قال: عنيت الخروج إلى السفر أو إلى ما دون السفر فإنه يصح وإن لم يذكر اسم هذا الفعل وإنما ذكر الفعل غير لأنه بيان نوع لا بيان تخصيص بخلاف السكنى؛ لأن السكنى كله جنس واحد لأن حكم الكل واحدة وهو كينونته في الدار إنما تختلف الصفة لا غير يكون بأجر وبغير أجر، وباختلاف الصفة لا يصير البيت نوعاً آخر وجنساً آخر كالتركي مع الهندي فيكون الجنس واحداً فيكون هذا نية التخصيص ونية التخصيص لا تصح إن لم يكن الاسم ملفوظاً فإن قيل [٣٦٦أ/ ١] لو صحت نية الشراء لنفسه من حيث إنه بيان نوع لا بيان تخصيص كان يجب أن يصدق في القضاء كما في الخروج.

وفي قوله: أنت بائن قلنا: نية الشراء لنفسه بيان نوع من وجه وتخصيص عام من وجه في حق الحقوق تخصيص عام؛ لأن الشراء لنفسه ولغيره في حق الحقوق على السواء فيكون من هذا الوجه شيئاً واحداً له عموم، فإذا نوى أحدهما كان تخصيصاً ولكن في حق الملك بيان نوع لأنهما مختلفان في حق الملك توفيراً على الشبهين حظهما فقلنا من حيث إنه بيان نوع يصح هذا البيان فيما بينه وبين الله تعالى وإن لم يكن الاسم ملفوظاً، ومن حيث إنه تخصيص لم يصح في القضاء توفيراً على الشبهين حظهما بخلاف الخروج؛ لأنه بيان نوع من كل وجه وإن كان قبل هذا كلام يدل عليه بأن استأجرها منه أو استعارها

فأبى فحلف وهو ينوي السكنى بالإجارة فسكن بالعارية أو كان على العكس لا يحنث.

وعن أبي يوسف فيمن قال لرجل قائم: والله لا أكلم هذا الرجل، ينوي ما دام قائماً ولم يتكلم بالقيام، كانت نيته باطلة؛ لأنه ليس في لفظه ولو حلف لا يكلم هذا القائم يعني ما دام قائماً دين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه خص ما في لفظه.

وكذلك لو قال: والله لأضربن فلاناً . . . . .[1] وهو ينوي سوطاً بعينه لم تصح نيته ولو قال إن تزوجت فعبدي حر وقال: عنيت به فلانة أو امرأة من أهل الكوفة لا تصح نيته؛ لأن المرأة غير مذكورة. ولو قال: إن تزوجت امرأة وقال: عنيت فلانة صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن المرأة مذكورة، وقد ذكرت في موضع الشرط الذي هو موضوع النفي فكانت عامة فقد نوى تخصيص المذكور العام فتصح نيته فيما بينه وبين الله تعالى.

وروي عن محمد رحمه الله فيمن حلف لا يتزوج امرأة ونوى فيه أمراة مصرية لم تصح نيته وإن نوى عربية أو حبشية صحت نيته فجوز تخصيص الجنس ولم يجوز تخصيص الوصف وأجرى العربية والحبشية مجرى الجنس.

ولو قال: والله لا أتزوج امرأة على وجه الأرض ينوي امرأة بعينها جرى فيما بينه وبين الله تعالى ولو قال لا اشتري جارية وعنى مولدة أو عنى ومغنية أو حلف لا يشتري عبداً وعنى آبقاً فنيته باطلة لأنها تخصيص وصف لا تخصيص جنس والله أعلم.

وفي أيمان «فتاوى أهل سمرقند»: إذا قال لامرأته إن أعطيت من حنطتي أحداً فأنت طالق وعنى بها أمها صحت نيته ديانة لا قضاء. ولو قال بالفارسية: كركسي وادهي وعنى أمها خاصة لا تصح نيته أصلاً لأن إرادة الخاص من العام بالعربية لا بالفارسية. وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله في كتاب الطلاق إذا قال لامرأته: اكركس دا أراد من بدمي فنوى أمها خاصة صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولو قال: اكرهيح كر أدمتي لا تصح نيته لأن في الوجه الأول ذكر الركس وأنه لفظة خاصة يتناول كل واحد بإطلاقه فإذا نوى الأم فقد نوى الخاص من لفظة الخاص فتصح نيته فيما بينه وبين الله تعالى، وفي الوجه الثاني ذكر هنج وأنه لفظة عام فإذا نوى الأم فقد نوى الخاص من العام ونية الخاص من العام بالفارسية غير صحيحة.

الفصل السابع
في الأيمان ما يقع على البعض وما يقع على الجماعة

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: إذا حلف الرجل فقال: طالق أو قال: عبده حر إن تزوج النساء واشترى العبد فتزوج امرأة واحدة واشترى عبداً واحداً حنث في يمينه. وكذلك إذا قال: إن كلم الرجال وكلم رجلاً واحداً حنث في يمينه. الأصل في جنس هذه

---

(١) بياض بالأصل.

المسائل أن الحكم إذا علق بجمع يتعرف بالألف واللام كما قلنا: العبد والرجال والنساء يتعلق وقوعه بأدنى ما ينطلق عليه ذلك الاسم عند عامة المشايخ إذا لم يكن ثمة معهود؛ لأنه مع الألف واللام يصير للجنس ولا يبقى للجموع، والحكم المتعلق باسم الجنس يتعين وقوعه بأدنى ما ينطلق عليه ذلك الاسم عند عامة المشايخ رحمهم الله إذا لم يكن ثمة معهود وهذا لأن الألف واللام إنما يدخلان في الكلام للتعريف.....[1] للجمع حقيقة ولم يصر للجنس يبطل معنى التعريف من كل وجه إذ ليس للجمع معهود تعرفة ولو صار للجنس ولم يبق للجمع لا يبطل معنى الجمعية من كل وجه، فإن كان من حكم الجنس أن ينصرف إلى الأدنى وهو الواحد عند عامة المشايخ رحمهم الله.

ومن حكم الجمع أن ينصرف إلى الثلاثة على ما يأتي بيانه لأن الواحد من الثلاثة بعضه فكان حمله على.....[1] وليس فيه إبطال معنى الجمعية من كل وجه أولى من حمله على الجمع وفيه إبطال معنى التعريف من كل وجه.

وإذا ثبت أن الجمع المعرف بالألف واللام للجنس فنقول: اسم الجنس اسم ينصرف إلى المعهود إذا كان ثمة معهود؛ لأن الصرف إلى المعهود أبلغ في تحصيل ما وضع له الألف واللام، وهو التعريف فإن لم يكن به معهود ينصرف إلى كل الجنس فينصرف إليه إلا إذا تغلب فحينئذ ينصرف إلى الأدنى وعند عامة المشايخ رحمهم الله صرف إلى أدنى ما ينطلق عليه الاسم؛ لأن اسم الجنس كما هو حقيقة الكل فهو حقيقة للأدنى.

ألا ترى لو عدم ما وراء الأدنى من ذلك الجنس كان الأدنى كل الجنس. ألا ترى أن آدم صلوات الله عليه حين لم يكن إلا هو كل الجنس وإنما صار بعضاً بمزاحمة أمثاله لا من حيث الحقيقة، فعلم أن الاسم حقيقة لها فلأن اسم الجنس اسم فرد فإنه اسم معنى يقوم بالذات به من بين سائر الأجناس، كاسم الرجل، فإن اسم الرجل معنى قام بالذات باعتبار يقع التبيين بينه وبين سائر الأجناس وذلك المعنى واحد وأنه موجود في الواحد وفي الكل فكان اسم الجنس حقيقة للواحد وللكل باعتبار المعنى غير أنه عند الإطلاق ينصرف إلى الأدنى وهو الواحد: أما على العبارة الأولى: فلأنه مثنى، وأما على العبارة الثانية: فلأن الواحد فرد من حيث الذات والمعنى، ولكل فرد من حيث المعنى لا من حيث الذات وهذا الاسم اسم فرد فكان للفرد ذاتاً ومعنى أحق به هذا هو الكلام جمع المعرف بالألف واللام وإنما للنكرة نحو قولنا: عبيد ورجال ونساء فالحكم المعلق به يتعلق وقوعه بأدنى الجمع الصحيح هو الثلاث دون المثنى، لأن الثلاث هو الجمع الصحيح؛ لأن الجمع الصحيح ما يوجد فيه الوحدان والتثنية وأقل ذلك الثلاث.

إذا عرفنا هذه الجملة جئنا إلى تخريج قوله عبده حر إن تزوج النساء فتزوج امرأة واحدة حنث في يمينه بلا خلاف، لأن النساء جمع معرف بالألف واللام فيصير جنساً ولا

---

(١) بياض بالأصل.

معهود ههنا حتى يصرف إليه، فينصرف إلى أدنى ما ينطلق عليه هذا الاسم وهي الواحدة عند عامة المشايخ رحمهم الله، وإنه ظاهر وكذلك على قول الباقين؛ لأنهم يقولون بصرفه إلى الأدنى عند تعذر صرفه إلى الكل، وههنا تعذر؛ لأن الإنسان إنما يمنع نفسه منعاً مؤكداً باليمين عما في وسعه مباشرته لا عما ليس في وسعه مباشرته وليس في وسعه تزوج نساء العالم بأجمعهن، ولا مكالمة رجال العالم فانصرف إلى واحد لكونه في وسعه وصار تقدير يمينه كأنه قال: لا أتزوج بواحدة من النساء، لا أكلم واحداً من الرجال.

وكذلك إذا حلف لا يكلم بني آدم فكلم واحداً منهم يحنث في يمينه لأن الإضافة للتعريف [٣٦٦ب/ ١] كحرف اللام وكل جواب عرفته في حرف اللام فهو الجواب ههنا وفتوى في هذا إن ذكر الأبد أو لم يذكر الأبد لأن الأبد يذكر لتأكيد ما دخل تحت اليمين ههنا الواحدة فكأنه قال: إن تزوجت امرأة وهنا ذكر الأبد ولا ذكر سواء.

ولو قال: عبده حر إن تزوج نساء إن اشترى عبيداً إن كلم رجالاً لا يحنث في يمينه ما لم يفعل بأشياء ثلاثة من بينها لأن هذا جمع منكر فينصرف إلى نيته لما مر.

وإن قال: عنيت جميع نساء العالم وجميع الرجال وجميع العبيد في المسألة الأولى فتزوج امرأة واحدة وكلم رجلاً واحداً أو اشترى عبداً واحداً لا يحنث في يمينه فقد صحت هذه النية وصدقه فيها أو لم يذكر أنه مصدق في القضاء أو فيما بينه وبين ربه أو فيما وذكر محمد رحمه الله هذا النوع من المسائل في «الجامع» وفي «الأصل» وذكر في بعضها أنه يصدق من غير تفصيل، فإنه ذكر فيمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان لا يلبس غزل فلان، وعنى به حقيقة وضع القدم ولبس من الغزل وذكر أنه يصدق ولم يقيد، وذكر محمد رحمه الله في بعضها أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء، فإنه ذكر فيمن حلف لا يأكل طعاماً أو شراباً دون شراب، وذكر أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء، وذكر في بعضها أنه يدين فيما بينه وبين الله وفي القضاء، فإنه ذكر فيمن قال: عبدي حر يوم أدخل دار فلان، عبدي حر يوم يقدم فلان، وقال: عنيت بياض النهار يدين فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء وقال في تعليل هذه المسألة: لأنه نوى مفيد كلامه ففي هذا التعليل أنه يصدق في القضاء في مسألتنا أيضاً؛ لأنه نوى حقيقة كلامه.

وإطلاق محمد رحمه الله الجواب في الكتاب يدل عليه وكان الفقيه أبو القاسم الصفار البلخي رحمه الله يقول في هذه المسألة: إن القاضي لا يصدقه وإن نوى حقيقة كلامه إلا أن هذه حقيقة لا تثبت إلا بالنية، والقاضي لا يقف على نيته، فإذا كان فيما نوى تحقيقاً عليه فالقاضي لا يصدقه.

ألا ترى أن من قال لامرأته: أنت طالق، وقال: عنيت به الطلاق من الوثاق لا يصدقه القاضي وإن نوى حقيقة كلامه؛ لأن هذه حقيقة لا تثبت إلا بالنية وفيه تحقيق.

وجه ما ذكر محمد رحمه الله: أن المنوي إذا كان حقيقة كلامه لو صدقه القاضي في نيته كان عاملاً بظاهر لفظه لأن ما نوى يدل عليه لفظه حقيقة والقاضي يقف على ظاهر

لفظه بخلاف مسألة الطلاق لأن ثمة نوى المجاز من كلامه؛ لأن الحقيقة في إزالة قيد الوثاق أطلقه إطلاقاً أنا في إزالة قيد النكاح طلق يطلق تطليقاً وطلاقاً، فإذا قال: عنيت الطلاق عن قيد الوثاق، فكأنه عنى يطلق أطلق وأنه مجاز، وفي نية المجاز القاضي لا يصدقه إذا كان فيه تحقيقاً لأن المجاز إنما يثبت بالنية والإرادة، والقاضي لا يقف على إرادته إلا بخبره فإذا كان فيه تحقيقاً كان متهماً في خبره فلا يصدقه القاضي هذا المعنى في بيان فيما إذا نوى حقيقة كلامه فإن قال عنيت ما زاد على الثلاث في المسألة الثانية هل يصدق قضاء؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذه الفصل وعلى قياس ما ذكر في المسألة الأولى وينبغي أن يصدق لأنه نوى حقيقة كلامه لأن اسم الجمع لما زاد على الثلاث حقيقة. وعلى قول أبي القاسم الصفار ينبغي أن لا يصدق لأن هذه حقيقة لا تثبت إلا بالنية، وإن قال: عنيت الواحدة في المسألة الثانية ينبغي أن يصدقه القاضي في نيته لأن هذا اسم جمع وليس باسم عدد، فإذا نوى الواحدة فقد نوى الخصوص من اسم العام وأنه جائز لغة وشرعاً أكثر ما فيه أنه مجاز إلا أن دعوى المجاز صحيحة قضاء إذا كان فيه تغليطاً وههنا فيما نوى تغليط فجاز أن يصدقه القاضي.

وإذا قال الرجل لعبيده: أيكم حمل هذه الخشبة فهو حر فحملوها جميعاً ينظر إن كانت الخشبة حقيقة يقدر الواحد على حملها لا يعتقون حتى يحملها واحد بعد واحد وإن كانت الخشبة ثقيلة لا يقدر الواحد على حملها وأما يقدر عليها اثنان أو ثلاثة عتقوا هكذا ذكر المسألة في «الجامع».

والوجه في ذلك: أن الخشبة اسم بجميعها وقد أضاف حملها إلى كل واحد؛ لأن كلمة أي وإن كانت تتناول واحداً منكراً من جملة ما أضيف إليها هذه الكلمة، إلا أنه وصف ذلك المنكر بصفة عامة وهي الحمل أضيف إلى جميع العبيد الذي أضيف إليهم كلمة أي فأوجبت عموم العبيد سواء كانت الخشبة حقيقة صار المنكر موصوفاً بحمل جميع الخشبة أو بحمل بعضها، فنقول: إذا كانت الخشبة حقيقة لأن العمل حقيقة اسم الخشبة ممكن بأن يجعل شرط العتق في حق كل واحد حمل جميع الخشبة أو يتأتى ذلك من كل واحد وإذا اختار حمل جميع الخشبة شرطاً في حق كل واحد فإذا حملوها حملة لم يوجد الشرط بكماله في حق كل واحد فلا يعتقون.

وهو نظير ما إذا قال لعبيده: أيكم أكل هذا الرغيف فهو حر فأكله اثنان أو أكثر من ذلك لا يعتق واحد منهم سواء كان يقدر الواحد على أكله بدفعة واحدة أو بدفعتين أو بدفعات؛ لأن أكل الرغيف من كل واحد متصور إما بدفعة واحدة أو بدفعات وصار الداخل تحت كلمة أي موصوفاً بأكل جميع الرغيف فإذا أكله اثنان أو ثلاثة لم يوجد من كل واحد أكل جميع الرغيف لا يحنث ذكر مسألة الرغيف في «الجامع» على هذا الوجه.

وذكر في «الأصل» إذا قال لنسائه: أيتكن أكلت من هذا الطعام شيئاً فهي طالق، فأكلن جميعاً طلقن ولو قال: أيتكن أكلت هذا الطعام ولم يقل من الطعام هذا فأكلن ينظر إن كان الطعام كثيراً بحيث لا يقدر الواحد على أكله طلقن، وإن كان الطعام قليلاً بحيث

يقدر على أكله الواحد لا يقع الطلاق عليهن إذا أكلن فأما إذا كانت الخشبة ثقيلة لا يقدر الواحد على حملها، فالنكرة صارت موصوفة بحمل بعض الخشبة؛ لأن العمل بحقيقة اسم الخشبة متعذر؛ لأن حمل جميع الخشبة في هذه الصورة لا يتأتى من الواحد فيعمل بمجازه ويجعل شرط الحنث في حق كل واحد منهم حمل بعض الخشبة؛ لأنه ذكر الكل، وإرادة البعض بطريق المجاز جائز وصار البعض كالمصرح به كأنه قال: أيكم حمل بعض هذه الخشبة فهو حر فإذا حملوها وقد وجد من كل واحد حمل [٣٦٧أ/ ١] البعض فعتقوا.

وهو نظير ما لو قال لعبيده: أيكم يشرب ماء هذا البحر فهو حر فشرب كل واحد منهم قطرة عتقوا؛ لأن شرب جميع ماء البحر من كل واحد غير متصور العمل بحقيقة هذا الكلام فيعمل بمجازه.

ثم إن محمداً رحمه الله يقول في «الكتاب»: إذا كانت الخشبة ثقيلة يقدر على حملها اثنان فحملوها جملة عتقوا؛ لأن الشرط في هذه الصورة حمل بعض الخشبة والبعض من حيث إنه بعض لا يفصل فيه بين قدر وقدر ونقول أيضاً: إذا كانت الخشبة خفيفة يقدر الواحد على حملها إذا حملها واحد عتق وإذا حملها واحد بعد واحد عتقوا، وفيه نوع إشكال؛ لأن هذا اللفظ إن كان خاصاً ينبغي أنه إذا حمل الواحد وحكم بعتقه لو حملها آخر بعد ذلك أنه لا يعتق، وإن كان عاماً ينبغي أن لا يعتق واحد منهم ما لم يحملوها جميعاً واحد بعد واحد كما لو قال: إن حملهم هذه الخشبة فأنتم أحرار والجواب: هذا اللفظ خاص بصورته عام معنى فإذا حمل الواحد عتق عملاً بخصوص اللفظ صورة وإذا حمل واحد بعد واحد عتقوا عملاً بالعموم بخلاف قوله إن حملتم هذه الخشبة لأنه عام لفظاً ومعنى فما لم يحملوها لم يعتقوا أما ههنا بخلافه.

ولو قال: إن تغديت برغيفين فعبدي حر فتغدى اليوم برغيف والغد برغيف القياس: أن يحنث عملاً بإطلاق اللفظة كما في المعنيين بأن قال: إن تغديت بهذين الرغيفين وهناك: إن تغدى اليوم بإحدى الرغيفين والغد بالرغيف الآخر يحنث في يمينه وفي الاستحسان لا يحنث في يمينه بمكان العرف فإن الإنسان يستحي من بعد أن يقول ما تغديت برغيفين في عمري وإن تغدى بأرغفة كثيرة في أيام متفرقة ولا يعد كاذباً ومثل هذا الفرق لم يوجد في المعنيين فيعمل فيه بإطلاق اللفظ، فإن نوى التفرق في هذا كان كما نوى؛ لأنه نوى حقيقة كلامه وفيه تغليظ عليه.

ولو قال: إن أكلت رغيفين أو قال: إن أكلت هذين الرغيفين فعبدي حر فأكلهما معاً أو متفرقاً حنث في يمينه قياساً أو استحساناً، فعلى جواب الاستحسان يحتاج إلى الفرق بين التغدي والأكل في غير المعنيين.

والفرق: أن التقيد بالاجتماع في غير المعنيين في فصل بالعرف ولم يوجد مثل ذلك العرف في المعنيين في فعل الأكل بل العرف في فعل والأكل بخلافه فإن الإنسان لا يستحي من نفسه أن يقول ما أكلت رغيفين منذ خلقت إذا أكلهما متفرقاً يعمل بإطلاق اللفظ.

وفي «الزيادات» إذا حلف الرجل لا يشتري ذهباً ولا فضة فاشترى دراهم بدنانير ودنانير بدراهم لا يحنث في يمينه وعن أبي يوسف أنه يحنث؛ لأنه ذهب وفضة حقيقة ولهذا المعنى يجري فيه الفضل وربا النساء وجه ظاهر الرواية: أنه منع نفسه عن شراء الذهب والفضة وهو لا يوجد إلا ببيع الذهب والفضة، وبائع الدراهم والدنانير لا يسمى بائع الذهب والفضة في العرف، وإنما يسمى صرفياً ولهذا يباع في سوق الصيارفة فمشتريها يكون كذلك فقد جعل عدم الحنث في «الزيادات» جواب ظاهر الرواية.

وفي «القدوري» ذكر أن عدم الحنث قول محمد رحمه الله والحنث قول أبي يوسف رحمه الله، قال: وهو نظير ما لو حلف أن لا يشتري طعاماً فإنه ينصرف إلى الحنطة ودقيقها؛ لأن بائعها يسمىٰ بائع الطعام فمشتريها يكون كذلك، وصار الأصل عند محمد رحمه الله أن الشراء يعتبر بالبيع لأنه يتم به ويبنى عليه، لأنه قبول البيع ولا يتصور قبول البائع إلا بالبيع فيعتبر بالبيع لهذا فكل من يسمى بائعه بائعاً لذلك الشيء فمشتريه يسمى مشترياً لذلك الشيء.

وكذلك لو اشترى داراً وفي سقوفها ذهب وفضة فإنه لا يحنث في يمينه، لأن بائعه لا يسمى بائع الذهب والفضة وإنما يسمى بائع الدار فمشتريه أيضاً كذلك.

يوضحه: أن الذهب أو الفضة التي في سقف الدار تبع للدار والبيع لا يضاف إلى التبع فلا يكون هذا بيع الذهب والفضة وإنما يكون بيع الدار فكذا الشراء ولو اشترى نقرة فضة أو سبيكة ذهب أو .....(١) مصنوعاً أو طوقاً مصنوعاً أو تبراً فإنه يحنث في يمينه؛ لأن بائع هذه الأشياء يسمى بائع الذهب والفضة فمشتريها أيضاً يكون كذلك.

ولو حلف أن لا يشتري حديداً ولا نية له فاشترى درعاً أو سيفاً أو سكيناً أو رمحاً فإنه لا يحنث في يمينه؛ لأن بائع هذه الأشياء لا يسمى حداداً وإنما يسمى بائع السلاح ولهذا يباع في سوق السلاح فمشتريه يكون كذلك وهذا قول محمد رحمه الله.

وعند أبي يوسف رحمه الله يحنث لأنه يعتبر الحقيقة والأشياء حديد حقيقة وذكر في «الأمالي» أنه لو اشترى درعاً أو نصل سيف أو سكين يحنث؛ وهذا محمول على قول أبي يوسف أو على اختلاف العرف باختلاف البلدان عند محمد رحمه الله.

ولو اشترى حديداً غير مضروب أو إناء من الحديد أو كانوناً أو أقفالاً فإنه يحنث في يمينه؛ لأن بائع هذه الأشياء يسمى حداداً فمشتريه أيضاً كذلك قال مشايخنا رحمهم الله: يجب أن لا يحنث في الأقفال في بلادنا؛ لأن بائع الأقفال لا يسمى بائع الحديد، وبهذا لا يباع في سوق للحدادين فلا يحنث في يمينه إلا إذا نوى ذلك كله؛ لأنه نوى حقيقة ما تكلم به وفيه تغليظة عليه فيحنث في يمينه والشيخ الإمام الأجل السرخسي حجج ما ذكر في «الكتاب» والصدر الشهيد برهان الأئمة رحمه الله حجج قول أولئك المشايخ.

ولو حلف لا يشتري صفراً أو...(١) أو نحاساً واشترى آنية من أواني الصفر أو

(١) بياض بالأصل.

النحاس أو أشبه فإنه يحنث في يمينه وهذا بلا خلاف أما عند أبي يوسف فلأنه يعتبر الحقيقة وأما عند محمد رحمه الله؛ لأن بائع هذه الأشياء يسمى صفاراً فمشتريها أيضاً يسمى صفاراً.

وإن اشترى فلوساً لا يحنث في يمينه وإن كانت هي صفراً حقيقة أو نحاساً أو. . . .[1] لأن بائعها لا يسمى صفاراً فكذا مشتريها أيضاً إلا إذا نوى ذلك فحينئذ يحنث في يمينه لأنه نوى حقيقة ما تكلم به وفيه تغليظ عليه وهذا قول محمد رحمه الله، وعند أبي يوسف يحنث بشراء الفلوس فكذلك إذا كسرت الفلوس ثم أشتراها يحنث في يمينه؛ لأن بائعها الآن يسمى بائع الصفر فمشتريها يكون كذلك.

ولو حلف لا يشتري خزاً ولا نية له فاشترى جلوداً من جلود الخز عليه خز يحنث في يمينه واعلم بأن الخز اسم لدابة في البحر على ظهرها خز فإذا اشترى جلد خز عليها خز أو اشترى ثوباً من خز فإنه يحنث في يمينه وإن لم يكن ذلك خزاً خالصاً لأن بائع هذه الأشياء يسمى خزازاً فمشتريها يكون كذلك أيضاً ولو حلف [٣٦٧ب/١] لا يشتري قطناً وكتاناً فاشترى ثوباً من قطن أو من كتان لا يحنث في يمينه لأن بائعهما لا يسمى بائع الكتان والقطن في عرفهم وإنما يسمى كتانياً فمشتريها يكون كذلك أيضاً ولو اشترى غير المعمول من الكتان يحنث في يمينه لأن بائعه يسمى بائع الكتان فمشتريه يكون كذلك أيضاً.

ولو حلف لا يشتري طيناً فاشترى لبناً، أو داراً مبنية بطين فإنه لا يحنث في يمينه، لأن بائعه لا يسمى بائع الطين وإنما يسمى بائع اللبن والدار، فمشتريه كذلك أيضاً ولو حلف لا يشتري لبناً فاشترى شاة في ضرعها لبن، أو حلف لا يشتري صوفاً فاشترى شاة على ظهرها صوف لا يحنث في يمينه؛ لأن بائعها لا يسمى حلاباً ولا يسمى بائع اللبن والصوف وكيف سمي بهذا الاسم وأنه لو باع الصوف على ظهر الشاة أو باع اللبن في ضرع الشاة فإنه لا يجوز العقد فمشتريه كذلك أيضاً.

وكذلك لو اشترى شاة على ظهرها صوف بصوف منفصل أكثر مما على ظهر الشاة لا يحنث في يمينه، وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه يحنث في يمينه؛ لأن الصوف ههنا صار مقصوداً بالبيع ولهذا شرط الاعتبار ههنا وهو: أن يكون الصوف المنفصل أكثر من الصوف الذي على ظهر الشاة لجواز هذا البيع.

وجه ظاهر الرواية: أن الصوف ههنا غيره مقصود بالبيع وبهذا وباع الصوف على ظهر الشاة فإنه لا يجوز إلا أنه إنما يشترط الاعتبار باعتبار صورة المعاملة فإن الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربا، وهذا المعنى معدوم في باب الحنث فلا يحنث في يمينه.

ولو حلف لا يشتري رطباً فاشترى كناسة يبس فيها شيء من الرطب فإنه لا يحنث في يمينه لأن بائعها لا يسمى بائع الرطب وإنما يسمى بائع يبس فمشتريها أيضاً كذلك لا يسمى مشتري الرطب.

---

(١) بياض بالأصل.

ونظير هذا ما إذا حلف لا يشتري شعيراً فاشترى حنطة فيها حبات شعير لا يحنث في يمينه لما ذكرنا ولو كان عقد اليمين على الأكل يحنث في يمينه لأن الأكل يتناول كل واحد منهم مقصوداً فيصير متناولاً للرطب كما يصير متناولاً لليبس مقصوداً، أما البيع فإنه يتناول الجملة وباعتبار النظر إلى الجملة لا يسمى بائعها بائع الرطب فمشتريها يكون كذلك أيضاً.

ولو حلف لا يشتري قصباً فاشترى بواري من قصب لا يحنث في يمينه لأن بائعه لا يسمى بائع القصب وإنما يسمى حصيرياً فمشتريه كذلك أيضاً، ولو حلف لا يشتري شعراً فاشترى نسجاً أو جوالق من شعر لا يحنث في يمينه لأن بائعه يسمى جوالقياً ولا يسمى بائع الشعر فكذا مشتريه أيضاً، ولو كان عقد يمينه على المس حنث في ذلك لأن المس يتم به وحده وقد وجد مس ما يتناوله الاسم حقيقة لأن فيما يتم به وبغيره وهو البيع والشراء تركت هذه الحقيقة لوجود العرف بخلافه أما فيما يتم به وحده وهو المس لم يوجد العرف فيجب العمل بالحقيقة فيحنث في الفصول كلها إلا في القطن والكتان فإنه لو مس المعمول فإنه لا يحنث في يمينه لأنه بالصيغة التي خلت مما صار به شيئاً آخر وبهذا لا يتصور عودهما إلى الحالة الأولى بالنقض، أما ما عداهما من هذه الأشياء يتصور عودهما كل واحد منهم إلى الحالة الأولى بالنقض فيحنث في يمينه ولأن المسمى يتناول جزءاً واحداً وذلك الجزء يسمى اسم الذي عقد يمينه عليه، أما البيع والشراء يتناول الجملة والجملة غير مسمى باسم الذي عقد يمينه عليه ولهذا لا يحنث في يمينه والله أعلم

الفصل الثامن
في الشروط التي تحمل على معناها
دون اللفظ التي يعتبر فيها اللفظ

امرأة إذا حملت إلى بيت زوجها وقراً من حطب أو حساء اللحم فقال الزوج، الزمن إراقة ده نواد أنه تخوزم فأنت طالق ثلاثاً فأكل شيئاً من ذلك اللحم تطلق المرأة وإن لم يأكل دانه أزاورده ولم يتقيد اليمين باللفظ واعتبر الغرض.

والأصل في جنس هذه المسائل: اعتبار اللفظ ما أمكن وعند اعتبار اللفظ يعتبر الغرض والمقصود الدليل عليه.

ذكر في «فتاوى الفضلي» رحمه الله إذا قال لامرأته: أكركس أدنى خانة سدي أدين ديدان يرسي برون ترديز إطلاق فاخرج من ذلك شيئا غير ما سمى لا تطلق المرأة، وكذلك إذا قال لامرأته: أكرترايبكي تي خيري خرم بر إطلاق فاشترى لها شيئاً بالدراهم لا يحنث، واعتبر اللفظ ممكن بينهما فإن الشراء بعلة واحد ممكن وكذلك واخراج ريدان أرين ممكن وكذلك ذكر في باب الخروج من أيمان «الأصل» إذا حلف لا تخرج امرأته من باب هذا الدار فخرجت من غير الباب لا يحنث وكذلك إذا حلف على باب بعينه

فخرجت من باب آخر لا يحنث، وغرض الحالف المنع عن الخروج وعن الدار وذلك لا يتفاوت واعتبر اللفظ لأن اعتبار اللفظ ممكن وفيما إذا قال أكرد أنه أرااورده بو تخوزم إنما اعتبر الغرض ولم يعتبر اللفظ؛ لأن اعتبار اللفظ غير ممكن لأن اللحم لا يكون له دانة فاعتبر الغرض والمقصود وغرضه المبالغة في امتناعه عن تناول ما أوردته وحملته قليلاً كان أو كثيراً.

وإذا قال: كفلت أحداً بدرهم عدلي أو قال بنصف درهم عدلي فكذا يكفل رجلاً بعشرة دراهم عن طريقته لا يحنث ولم يعتبر الغرض لأن اعتبار اللفظ ممكن وفيما صار اللفظ مجازاً عن غيره لا يعتبر اللفظ. بحقيقته وينصرف إلى المجاز كما وضع القدم في الدار و كما وضع اليد على الدوك إلا إذا وجد دليل يدل على عدم إرادته المجاز فحينئذ تعتبر الحقيقة. ألا ترى إلى ما ذكر في طلاق «الفتاوى» إذا قال الرجل لامرأته: إن ارتقيت هذا السلم أو وضعت رجلك عليه فأنت كذا فوضعت رجلها عليه ولم ترتق فإنه لا يقع الحنث، وإن صار وضع الرجل على السلم مجازاً عن الارتقاء عرفاً ولم ينصرف إلى المجاز لأنه دليل على عدم إرادته المجاز وهو عطف الوضع على الارتقاء؛ لأن المعطوف غير المعطوف عليه فعملنا بدلالة العطف أن الزوج لم يرد به المجاز وإنما أراد به الحقيقة ولو قال: أكر حسم من برزن افتريا فلان كاريكند فكذا وكلم معها ونام في الليل بحيث لم يقع بصره عليها لا تطلق؛ لأن اعتبار اللفظ ممكن ههنا وهذا اللفظ لم يصر مجازاً عن التكلم والنوم معها.

وإذا قال لامرأته: إن لم أبعث نفقتك من كوهته إلى عشرة أيام فكذا فبعث النفقة قبل مضي عشرة أيام [٣٦٨أ/ ١] ولكن من موضع آخر حنث في يمينه لم يعتبر الغرض وهو وصول النفقة إليها لأن اعتبار اللفظ ممكن.

قال في «القدوري»: إذا حلف الرجل ليضربن امرأته حتى يقتلها أو ترفع ميتة فهذا على أشد الضرب.

وفيه أيضاً: عن أبي يوسف رحمه الله إذا قال لامرأته إن لم أضربك حتى أتركك لا حياً وميتاً فهذا على الضرب الوجيع.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: إذا قال لامرأته: إن لم أضرب اليوم ولدك على الأرض حتى ينشق نصفين فأنت طالق ثلاثاً، فضربه على الأرض ولم ينشق طلقت امرأته لانعدام شرطه البر وأنه يخالف رواية القدوري في قوله حتى يقتلها أو ترفع ميتة. وفي «البقالي» عن محمد رحمه الله إذا قال: لأقتلنك يريد أن يوجعه ضرباً صح وهذا قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وفي «المنتقى» إذا قال لها: والله لأضربنك بالسياط حتى أقتلك فهذا على الضرب الوجيع ولو قال: لأضربنك بالسيف ضربة حتى تموت فهذا على الموت عرف مراده لقران السيف بالضرب.

ولو حلف ليضربنها حتى يُغشى عليها أو تبول أو حتى تبكي أو تستغيث فهو على ما قال وعن محمد رحمه الله وفي قوله حتى تبول ونحوه أنه وقف ولو حلف ليقتلن فلاناً ألف مرة وقال عنيت به أن آتي على نفسه بالقتل وفي القضاء:

ولو حلف أنه سمع فلاناً طلق امرأته ألف مرة وقد سمعه طلقها ثلاثاً دين فيما بينه وبين الله لأن حكم الثلاث وحكم الألف واحد، وكذلك لو حلف أنه لقي فلاناً ألف مرة وقد لقيه مرات وأراد كثرة اللقاء دون العدد وبه حلف على امرأته أنها قبلته البارحة ألف مرة ذكر في «مجموع النوازل» أن هذا على المبالغة عرفاً فإن كانت قد قست وأصابه أذى كثير بحيث لم يمكنه الصبر حتى نام على الأرض لا يحنث في يمينه، وعن أبي يوسف فيمن قال لأدقن يد غلامي على رجله إنه على الضرب إلا أن ينوي الكسر وإذا قال دخل لأهل سكة أكر مرد امن أين لويّ تيماری ترکیستان فامرأته طالق ثلاثاً فسلط على أهل السكة عدلاً تراكاً كثيرة فقد يرمي بيمينه على هذا معد في كلام الناس وإذا قال لامرأته أكر لف بأي توبوسة يدهم أين ساعت فأنت طالق ثلاثاً فقبلت باطن كفها وقعد فيها في المكفر تطلق اعتباراً للفظه عند الإمكان.

رجل يستأجر مع أخيه وأخته وقال: أكر شمار احرار موري كينم فامرأته طالق ثلاثاً اختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال بعضهم: تطلق امرأته ما عاشا لأنه متصور فلا يتحقق شرط الحنث إلا بالموت فمنهم من قال تطلق امرأته؛ لأن العجز متحقق عادة إلا إذا نوى القهر والغلبة والتضعيف عليها فتصح نيته فلا يقع الطلاق ما لم يمت الحالف والمحلوف عليها قبل أن يفعل بهما ما نوى وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله.

إذا قال لامرأته أكر ترا بحوت أتدري كنم فكذا ضر بها على أنفها حتى خرح الدم ويطلع . . . . .[1] فإن كان مراده هذا القدر ولم يكن له نية فلا يحنث؛ لأن الظاهر أنه لا يراد بهذا الكمال والله أعلم.

الفصل التاسع
في العطف على اليمين بعد السكوت

الحالف إذا ألحق باليمين المعقودة بعد سكوته شرطاً إن كان الشرط له لا يلتحق بالإجماع وإن كان الشرط عليه هل يلتحق قال محمد بن سلمة لا يلتحق، وبه أخذ الصدر الشهيد رحمه الله في «واقعاته» وقال نصر بن يحيى: يلحق وهو المروي عن أبي يوسف.

الرجل إذا عطف على يمينه بعد سكوته ما يوسع على نفسه لم يصح كالاستثناء وإن كان فيه تشديد صح وبيان الأول: إذا قال لامرأته إن دخلت هذه الدار فأنت طالق فسكت سكتة ثم قال: وهذه الدار الأخرى لم تدخل الدار الثانية في اليمين فإن بدون قوله وهذه الدار الأخرى إذا دخلت الدار الأولى تطلق ومتى دخلت الدار الثانية في اليمين لا تطلق بدخول الدار الأولى وحدها وهو لا يملك تغيير اليمين.

ومثال الثاني إذا قال لها: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق فسكت سكتة ثم قال

---

(١) بياض بالأصل.

وهذه لا امرأتي أخرى دخلت الثانية في اليمين وكذلك إذا قال: وإن دخلت هذه الدار الأخرى دخلت الدار الأخرى في اليمين حتى إن في المسألة الأولى لو دخلت المرأة الأولى الدار طلقتا.

وفي المسألة الثانية: لو دخلت المرأة الدار الأولى أو الدار الأخرى أيتهما دخلت طلقت على رواية أبي يوسف وهو اختيار نصر بن يحيى إذ ليس فيه تغيير اليمين فإن بدون قوله وهذه لامرأة أخرى في المسألة الأولى ولو دخلت المرأة الأولى تطلق وبعد وقوعه وهذه طلقت أيضاً، وفي المسألة الثانية بدون قوله وإن دخلت الدار الأخرى لو دخلت الدار الأولى طلقت، وبعد قوله: إن دخلت هذه الدار الأخرى لو دخلت الدار الأولى طلقت أيضاً ولو نجز فقال: هذه طالق ثم قال: وهذه بعدما سكت طلقت الثانية وكذلك العتق والله أعلم بالصواب.

الفصل العاشر
في الحلف على الأقوال

هذا الفصل مشتمل على أنواع:

نوع منه في الكلام: إذا حلف لا يكلم فلاناً أبداً أو لم يقل أبداً فهذا على الأبد أي وقت كلمه حنث وإن نوى شيئاً دون شيء بأن نوى يوماً أو يومين أو ثلاثاً أو نوى بلداً أو منزلاً أو ما أشبه ذلك، لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه نوى تخصيص ما ليس بملفوظ ونية التخصيص فيما ليس بملفوظ لا تصح لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يحنث حتى يكلم بكلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها، وإن كان موصولاً لم يحنث نحو أن يقول إن كلمتك فأنت طالق فاذهبي أو فقومي هكذا ذكر القدوري؛ لأن هذا من تمام الكلام الأول فلا يكون مقصوداً باليمين.

وكذلك إذا قال: وإن هي إلا أن يريد فهذا كلام مستأنف وفي «مجموع النوازل» إذا قال لامرأته إن كلمتك إلى سنة فأنت طالق اذهبي يا عدو الله طلقت لأنه كلمها بعد اليمين فقد ذكر المسألة على هذا التفصيل في كتاب الطلاق من هذا الكتاب. وإن كان في الحال ما يدل على التخصيص كان خاصاً نحو أن يقول: كلم محمداً هذا اليوم في كذا فقال والله لا أكلمه فهذا تخصيص اليوم [٣٦٨٠/ ١].

ولو حلف لا يكلم فلاناً شهراً تعتبر المدة من وقت الحلف؛ لأن الحاصل على اليمين غبطة لحق الحالف من جهة المحلوف عليه في الحال، فيمنع نفسه عن الكلام معه في الحال ولو حلف لا يتكلم ولا نية له فصلى وقرأ فيها أو سبح أو هلل، لم يحنث استحساناً لأن ما في الصلاة من القراءة والتسبيح والتهليل وإن كان كلاماً حقيقة؛ لأن كلامنا اسم لحروف منظومة بصوت مسموع وقد وجد هذا الحد في التسبيح والتهليل والقراءة إلا أنه ليس بكلام حكماً حتى لا تفسد به الصلاة فكان ما وصى في معنى الكلام

فلا يدخل تحت مطلق الاسم أو نقول: إن كان هذا كلاماً حقيقة فليس بكلام عرفاً ألا ترى أن الرجل يقول ما كلمت فلاناً اليوم فإن كان قد صلى وقرأ وسبح وهلل فيها وأما إذا قرأ خارج الصلاة وسبح وهلل يحنث في يمينه عند علمائنا رحمهم الله وأنه يخرج على العبارة الأولى دون العبارة الثانية.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هذا إذا كان عقد يمينه بالعربية فأما إذا عقد يمينه بالفارسية لا يحنث بالقراءة والتسبيح والتهليل خارج الصلاة كما لا يحنث بها في الصلاة لأن العرف أهل الفارسية لا يسمون القارىء والمسبح والمهلل متكلماً.

ولو حلف لا يكلم فلاناً فسلم الحالف على قوم والمحلوف عليه فيهم حنث في يمينه لأنه لما سلم عليهم فقد كلم المحلوف عليه وكلم غيره والزيادة على شرط الحنث لا تمنع وقوع الحنث قال: إلا أن لا يفصل بالسلام فيصدق ديانة ولا يصدق قضاء حتى لا يحنث ديانة ويحنث قضاء عنى التخصيص من كلامه؛ لأنه خاطب الكل وإذا أراد به البعض ونية تخصيص بعض الكلام تصح ديانة لا قضاء.

وفي «مجموع النوازل» إذا سلم على قوم والمحلوف عليه فيهم فقال السلام عليكم إلا على واحد لا يحنث في يمينه، هذا إذا سلم خارج الصلاة فأما إذا سلم وهما في الصلاة يعني الحالف والمحلوف عليه في الصلاة فهذا على وجهين: إن كان الحالف إماماً والمحلوف عليه على يمينه لا يحنث في يمينه؛ لأن التسليمة الأولى كلام حصل في الصلاة لأنه بها يخرج عن الصلاة والكلام في الصلاة مما لا يقع به الحنث وإن كان الحالف على يساره فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه.

منهم من قال: يحنث لأنه تكلم معه خارج الصلاة والكلام خارج الصلاة مما يقع به الحنث ومنهم من قال: لا يحنث لأن التسليمة الثانية كلام حصل في الصلاة من وجه. ألا ترى أنه يأتي بسجود السهو بعد التسليمة الثانية، ولو كانت التسليمة الثانية بمنزلة الكلام خارج الصلاة من كل وجه ما أمكنه الإتيان بها بعد التسليمة الثانية فإذا كانت التسليمة الثانية في الصلاة من وجه لا يقع الحنث بها.

وفي «شرح القدوري»: فيما إذا كان الحالف إماماً وسلم لا يحنث من غير تفصيل وفي «فتاوى شمس الإسلام الأوزجندي» فيما إذا كان الحالف إماماً أنه يحنث بالسلام إذا نواه وإن كان على يمينه وفي «الشافي» في هذه الصورة أنه يحنث إلا أن ينوي وقت مره من غير فصل بين جانب اليمين واليسار وأما إذا كان الحالف مؤتماً فالجواب عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله كالجواب في الإمام لأن سلام الإمام لا يخرج المؤتم عن الصلاة وعندهما قد ذكرنا في الإمام إذا كان هو الحالف والمؤتم على يمينه لا يحنث بلا خلاف وإن كان على يساره فعلى الخلاف فكذا في حق المؤتم، وعلى قول محمد يحنث في يمينه على كل حال لأنه صار خارجاً عن الصلاة بسلام الإمام عنده فقد تكلم مع المحلوف عليه خارج الصلاة فيحنث في يمينه.

ولو كتب إليه كتاباً أو أرسل إليه رسولاً لا يحنث في يمينه لأن الكلام على

المشافهة. . .[١] ألا ترى أن موسى عليه السلام كليم الله ولم يسم غيره من الأنبياء بهذا الاسم؛ لأن الكلام مع موسى صلوات الله عليه كان لا بواسطة ومع غيره من الأنبياء كان بواسطة وكذلك إذا أشار إليه بإشارة أو أومأ إليه لم يحنث لأن الكلام عبارة عن حروف منظومة بصوت مسموع ولم يوجد شيء منه في تلك الإشارة والإيماء. ولو حلف لا يكلم فلاناً فناداه من بعيد فإن سمع صوته لو أصغى إليه أذنه يحنث وإن لم يسمع بعارض أو كان مشغولاً بشيء أو كان أصماً وإن كان بحيث لا يسمع لو أصغى إليه أذنه لشدة البعد لا يحنث في يمينه؛ لأن تكليم فلان عبارة عن إسماع نفسه إلا أن إسماع غيره أمر باطن لا يوقف عليه فسقط اعتباره واعتبر السبب الظاهر المؤدي إليه مقامه وهو أن يكون بحيث لو أصغى إليه أذنه ولم يكن مانع سمع كلامه وقد وجد ذلك في الوجه الأول دون الثاني فأما إذا ناداه وهو نائم فأيقظه لا شك أنه يحنث في يمينه لأنه لما أيقظه فقد أسمعه وإن لم ينتبه فعنه روايتان.

وقد ذكر محمد رحمه الله في «السير الكبير»: إذا نادى المسلم أهل الحرب بالأمان في موضع يسمعون صوته إلا أن غالب الرأي أنهم لم يسمعوا بأن كانوا نياماً أو كانوا مشغولين بالحرب فذلك أمان، فقد شرط لثبوت الأمان أن يكون النداء بالأمان من موضع يسمع منه الصوت لا حقيقة السماع وما ذكر في «السير» هو أن الصحيح في مسألة الأيمان الحنث وإن لم يوقظه.

ومن المشايخ رحمهم الله من قال: على قياس قول أبي حنيفة يحنث وعلى قياس قولهما لا يحنث؛ لأن أبا حنيفة يجعل النائم كالمنتبه وهما لا يجعلانه كالمتنبه على ما عرف في مسألة الصدر والخلوة.

ولو حلف لا يكلم فلاناً فدق فلان عليه الباب فقال من هذا أو قال من أنت حنث؛ لأنه مكلم له بالاستفهام هكذا القدوري في «شرحه».

وفي «النوازل»: إذا دق المحلوف عليه باب الحالف فقال الحالف بالفارسية: كيست لا يحنث في يمينه ولو قال كنى بوا يحنث وبه أخذا الفقيه أبو الليث رحمه الله إذا حلف لا يكلم فلانا ثم إن المحلوف عليه ناداه فقال لبيك أو قال لبي يحنث في يمينه لأنه أجابه باللفظين جميعاً فصار متكلماً معه.

وفي «القدوري»: إذا حلف لا يكلم امرأته فدخل الدار وليس فيه غيرها فقال: . . . .[١] حنث لأنه تكلم لها بالاستفهام إذا لم يكن هناك غيرها فإن كان في الدار غيرها لم يحنث لأنه يحتمل أن يكون [٣٩٦أ/١] استفهم لمن سواها ولو قال: ليت شعري من فعل كذا لا يحنث لأنه وإن لم يكن في الدار غيرها لأن هذا للمخاطب نفسه ولا يكلم امرأته وفي «مجموع النوازل» إذا حلف لا يتكلم فجاءته امرأته وهو يأكل الطعام فقال: ها حنث في يمينه فقال لامرأته اكراس سحن يا فلان بكوى فأنت طالق ثم إن

(١) بياض بالأصل.

المرأة اين سجن بأن فلان لفت ولكن تصارني كني أن فلان بدا نست طلقت امرأته كمن حلف لا يكلم فلاناً فكلمه بعبارة لم يعرفه فلان وهناك يلزمه الحنث كذا ههنا.

حلف لا يكلم فلاناً ثم إن المحلوف عليه أراد أن يشتم إنساناً فأراد الحالف أن يقول: لا تفعل فقال له الحالف بالفارسية بلن ودكه يمينه فلم يقل بعد ذلك شيئاً آخر. فقد قيل لا يحنث في يمينه لأن هذا القدر ليس بكلام مفهوم إلا أن الصلاة تفسد بها لأنه كلام حقيقة وإن لم يكن مفهوماً وفساد الصلاة معلق بمطلق الكلام فأما الداخل تحت اليمين كلام مفهوم. وقيل يحنث في يمينه لأنه كلام حقيقة وإن لم يكن مفهوماً والداخل تحت اليمين مطلق الكلام والدليل عليه مسألة «مجموع النوازل» التي تقدم ذكرها وحكي عن القاضي الإمام أبي سعيد البردعي ما يدل على القول الأول فإنه يقول في الباب الأول من الأيمان: الجامع في تعليل المسألة الأولى الكلام المطلق ينصرف إلى ما يفيد لا إلى ما لا يفيد قلنا وغير المفهوم لا يفيد إذا حلف لا يكلم فلاناً فمر المحلوف عليه بالحالف فقال الحالف اصنع كذا يا حافظ كان كذا لأمر قد وقع وقصد إسماع المحلوف عليه لا يحنث في يمينه.

وروي عن عبد الرحمٰن بن عوف أنه حلف لا يكلم عثمان فكان إذا مر به فقال يا حافظ كان كذا ويا حافظ اسمع كذا حلف لا يكلم المساكين أو الفقراء فكلم واحداً منهم يحنث في يمينه بخلاف ما إذا حلف لا يكلم مساكيناً أو فقراء فإنه لا يحنث ما لم يكلم ثلاثة منهم والكلام فيه نظير الكلام فيما إذا حلف أن لا يتزوج النساء وإذا حلف أن لا يتزوج نساء وقد مرت المسألة من قبل.

إذا حلف لا يكلم فلاناً فاقتدى الحالف بالمحلوف عليه فسبح له الحالف أو فتح عليه بالقراءة لم يحنث وعلى ما اختاره الفقيه أبو الليث رحمه الله فيما إذا حلف أن لا يتكلم بالفارسية فقرأ القرآن خارج الصلاة أن لا يحنث ينبغي أنه إذا عقد اليمين بالفارسية ههنا أن لا يحنث.

إذا حلف الرجل لا يكلم فلاناً وفلاناً وكلم أحدهما لا يحنث في يمينه فهذا هو المذكور في «الأصل» وفي «القدوري»: وذكر الصدر الشهيد رحمه الله هذه المسألة في باب الأول من أيمان «الواقعات» وجعلها على ثلاثة أوجه إما أن ينوي أن يحنث بكلام كل واحد منهما وفي هذا الوجه يحنث بكلام كل واحد منهما وإما أن ينوي أن لا يحنث حتى يكلمهما وفي هذا الوجه لا يحنث ما لم يكلمهما وإما إن لم تكن له نية وفي هذا الوجه اختلف المشايخ رحمهم الله، قال رحمه الله والمعتد أنه لا يحنث حتى يكلمهما أما من قال: يحنث قال: المتعارف أن لا يراد بهذا الجمع وأما من قال: لا قال: الجمع متعارف أيضاً إلا أنه دون الأول فلا تترك حقيقة اللفظ وحقيقة الجمع.

وعلى هذا إذا حلف لا يكلم هذا وهذا ولو حلف لا يكلمهما أو حلف بالفارسية ابن دوس سمن نكويم ونوى الحنث بكلام واحد منهما لا تصح نيته وإذا كلم واحداً منهما لا يحنث؛ لأن في قوله فلاناً وفلاناً هذا وهذا أمكن تصحيح نيته بإدخال حرف النفي

بينهما فيصير تقدير المسألة كأنه قال: لا أكلم فلاناً ولا فلاناً وعند ذلك يحنث بكلام كل واحد منهما لأن كل واحد منهما صار منفياً يبقى على حدة وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه فيما إذا قال: لا أكلمهما فلهذا لا تصح نيته.

ولو قال: إن كلمت فلاناً وإن كلمت فلاناً فعبدي حر فكلم أحدهما لا يعتق عبده ما لم يكلمهما. ولو قال: عبدي حر إن كلمت فلاناً وإن كلمت فلاناً فكلم أحدهما عتق عبده وهذا قول محمد رحمه الله، وقال أبو يوسف تقديم الجزاء وتأخيره سواء، وإذا كلم أحدهما يعتق عبده في الوجهين جميعاً. وقد ذكرنا هذه المسألة في كتاب الطلاق إلا أن هناك وضع المسألة في دخول الدارين وههنا وضعها في كلام الرجلين.

ولو قال إن كلمت فلاناً أو فلاناً وكلم أحدهما يحنث في يمينه لأن كلمة أو إذا دخلت بين الاسمين في الأيمان تناول أحدهما وقد مر هذا فيما تقدم.

قال في «الجامع»: ولو قال: والله لا أكلم فلاناً أو فلاناً وفلاناً فكلم الأول يحنث في يمينه، ولو كلم الثاني أو الثالث لا يحنث في يمينه ما لم يكلمهما لأنه جمع بين الثاني والثالث بحرف الجمع فتعين بما لو جمع بينهما بلفظ الجمع بأن قال: والله لا أكلم فلاناً ولا هذين وهناك كان الجواب كما قلنا.

ولو قال: والله لا أكلم فلاناً أو فلاناً أو فلاناً وكلم الثالث يحنث في يمينه، ولو كلم الأول والثاني لا يحنث ما لم يكلمهما وتقدير هذه المسألة: كأن قال: لا أكلم هذين ولا هذا وهناك الجواب كما قلنا، وذكر في كتاب الطلاق فيمن كان له ثلاث نسوة فقال: هذه طالق وهذه وهذه طلقت الثالثة ويخير الزوج بين الأولى والثانية وعلى قياس ما ذكر في الجامع ينبغي أن يخير الزوج الأولى والثانية.

والثالثة وذكر في كتاب الإقرار فيمن قال لفلان عليّ ألف درهم أو لفلان وفلان، فللثالث نصف الأول ويخير المقر في النصف الآخر بين أن يجعله للأول وبين أن يجعله للثاني، وعلى قياس ما ذكر في «الجامع» ينبغي أن يخير بين أن يجعل الألف للأول وبين أن يجعلها للثاني والثالث وذكر في كتاب العتاق: فيمن له ثلاثة أعبد قال: هذا حر وهذا وهذا عتق الثالث للحال، ويخير المولى بين الأول والثاني وعلى قياس ما ذكر في «الجامع»: ينبغي أن يخير المولى بين الأول وبين الثاني وبين الثالث.

قال مشايخنا رحمهم الله روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله في «النوادر» المدار في هذه المسائل الثلاث على قياس ما ذكر ههنا فقال لا تطلق الثالثة ولا يعتق الثالث للحال ويخير الزوج والمولى بين الإيقاع على الأول وبين الإيقاع على الثاني والثالث وقال في فصل الإقرار: يخير المقر بين أن يجعل الألف للأول وبين أن يجعلها للثاني ولثالث فعلى هذه الرواية لا يحتاج إلى الفرق وعلى ظاهر الرواية يحتاج.

ووجه الفرق: أن في هذه المسائل الثلاث كلمة أو دخلت بين الأول والثاني في الإثبات فيتناول أحدهما والآخر يكون خارجاً عن اليمين والثالث معطوف على الثابت لا على الخارج وصار كأنه قال للأول والثاني: أحدكما حر وهذه [٣٦٩ب/١] الثالث

إحداكما طالق وهذه للثالثة ولو نص على هذا ثبت الحكم في حق الثالث للحال فههنا كذلك أما في مسألة الجامع كلمة أو دخلت بين الأول والثاني في النفي فصارت معنى ولا وصار تقدير كلامه لا أكلم فلاناً ولا فلاناً فيتناول الأول والثاني وثبت فيهما حكم النفي والثالث معطوف على أحدهما، وكل واحد منهما ثابت ويستقيم العطف على كل واحد منهما، غير أن العطف على الثاني أولى لأنه متصل بالثاني وصار تقدير المسألة كأنه قال: لا أكلم فلاناً ولا هذين.

إذا قال لآخر والله لا أكلمك اليوم ولا غداً ولا بعد غد فله أن يكلمه في الليلتين المتخللتين لأن هذه ثلاثة أيمان كل يمين معقودة على يوم واحد كأنه قال والله لا أكلمك اليوم والله لا أكلمك اليوم وغداً وبعد غد لأن ذاك يمين واحد عقدت على ثلاثة أيام كأنه قال: والله لا أكلمك ثلاثة أيام والأيام باسم الجمع مستتبع ما بإزائها من الليالي فدخلت الليلتان المتخللتان في اليمين كما دخلت الأيام فيها. وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا تدخل الليلتان في اليمين في هذه الصورة أيضاً؛ لأن اليمين عقدت على بياض النهار ولا ضرورة إلى إدخال الليل فيها.

ولو قال: والله لا أكلمك يوماً ويوماً فهذا وما لو قال لا أكلمك يومين سواء فتدخل فيه الليلة المتخللة ولو قال: لا أكلمك يوماً ويومين تقديره لا أكلمك ثلاثة أيام فتنقضي اليمين بمضي اليوم الثالث.

ولو قال لا أكلمك يوماً ولا يومين فهذه على يومين إن كلمه في اليوم الثالث لم يحنث في رواية «الجامع الكبير»، والرواية في باب الدور، وذكر القدوري عن أبي يوسف رحمه الله أن هذا بمنزلة قوله لا أكلمك ثلاثة أيام حتى لو كلمه في اليوم الثالث يحنث في يمينه على قول أبي يوسف رحمه الله فأبو يوسف سوى بين قوله: لا أكلمك يوماً ويومين، وبين قوله: لا أكلمك يوماً ولا يومين من حيث إنه في الصورة جميعاً عطف اليومين على اليوم والمعطوف غير المعطوف عليه، وعلى هذا رواية «الجامع».

فرق بين الصورتين، والفرق أن في الصورة الثانية نفا المسألة الثانية بنفي على حده فحنث. قال: ولا يومين ولا يحتاج في صحة الكلام الثاني إلى عطفه على الأول بل يجعل قائماً بنفسه في حكم النفي، كأنه أفرد اليمين على كل واحد من اليومين، فقال والله لا أكلم فلاناً يوماً والله لا أكلم فلاناً يومين ألا ترى أن من قال والله لا أكلم زيداً ولا عمراً تقديره: والله لا أكلم زيداً، والله لا أكلم عمراً حتى لو كلم زيداً أو عمراً يحنث في يمينه، والمدة تعتبر من وقت اليمين على ما عرف، فصار اليوم الأول مشتركاً محسوباً من المدتين، واليوم الثاني لليمين الثانية خاصة فينتهي اليمينان بمضي اليوم الثاني، أما في الصورة الثانية ما نفا المدة الثانية بنفي على حدة فمست الضرورة إلى جعلها معطوفة على المدة الأولى ليصير نفي الكلام في المسألة الأولى نَفياً له في المدة الثانية تصحيحاً للمدة الثانية، والمعطوف غير المعطوف عليه فقوله: ويومين لا يتناول اليوم الأول، وإنما يتناول يومين بعده، وكأنه قال والله لا أكلمك ثلاثة أيام فالصورة الأولى بالفارسية سحن يكويم

يا فلان بك دوزود روز، والصورة الثانية بالفارسية: فسحن يكوير يا فلان في بك دوزوني جورروز. ولو قال والله لا أكلم فلاناً يوماً، والله لا أكلمه يومين والله لا أكلمه ثلاثة أيام في اليمين الأولى من حين فرغ وانعقدت على اليوم الأول ثلاثة أيمان، وانعقدت على اليوم الثاني يمينان واليوم الثالث عليه يمين واحدة.

وعن محمد رحمه الله فيمن قال: لا أكلم فلاناً يوماً بين يومين ولا نية له فهذا بمنزلة قوله والله لا أكلمه يوماً لأن كل يوم بين يومين فيكون على يوم من ساعة حلف.

وإذا قال الرجل لغيره في بعض النهار: والله لا أكلمك يوماً لم يكلمه ساعة ما حلف حتى تجيء تلك الساعة من الغد، وإن كلمه في شيء من ذلك ليلاً أو نهاراً حنث في يمينه، لأن اليوم اسم لاثنى عشر ساعة من بياض النهار أو أقل أو أكثر على حسب اختلاف الفصول، فيصير كأنه نص على اثني عشر ساعة من بياض النهار، وهذا العدد إنما يتم إذا جاءت تلك الساعة من الغد وتدخل الليلة هكذا ذكر في «الجامع»: وفي «النوازل» إنما لا يدخل؛ لأن الليل لو ههنا إنما يدخل بذكر اليوم ولا وجه؛ إليه لأنه ذكر اليوم مفرداً واليوم المفرد لا يستتبع ما وراءه من الليل.

وجه ما ذكر في «الجامع» أنه لو اقتصر على قوله والله لا أكلم فلاناً وقع يمينه على الأبد فيكون ذكر الوقت لإخراج ما وراءه عن اليمين، فينبغي أن يكون الليل داخلاً بمطلق اليمين لأبد اليوم، ولو قال ذلك ليلاً لم يكلمه حتى تغيب الشمس من يوم تلك الليلة لا يذكر اليوم. ولو قال ذلك ليلاً لم يكلمه حتى تغيب الشمس من يوم تلك الليلة لأن اليوم الكامل موجود هنا، فلا حاجة إلى إدخال شيء من اليوم الآخر. واختلف مشايخنا رحمهم الله أنه لو كلمه بعد اليمين قبل طلوع الفجر والصبح إنه يحنث، وإليه أشار محمد رحمه الله في «الكتاب» حيث قال: لم يكلمه حتى تغيب الشمس من الغد معناه لم يكلمه بعد اليمين حتى تغيب الشمس من الغد.

وفي «المنتقىٰ» نص عليه، فقال: إذا قال في نصف الليل والله لا أكلمك يوماً ترك كلامه من ساعته بقية الليل والغد حتى تغرب الشمس ولو قال: لا أكلمك يومين، فعليه أن لا يكلمه يومين بليلتيهما؛ لأن بذكر اليومين يدخل ما بإزائهما من الليل.

وفي «المنتقىٰ» إذا قال في نصف النهار: والله لا أكلمك ليلتين ترك كلامه إلى تلك الساعة من بعد الغد. ولو قال: يوم أكلم فلاناً وامرأته طالق فيمينه على النهار والليل جميعاً، يريد أنه لو كلم فلاناً فامرأته طالق فيمينه على النهار والليل جميعاً يريد به أنه لو كلم فلاناً ليلاً أو نهاراً تطلق امرأته، وهذا لما عرف أن اليوم إذا ذكر مقروناً بفعل لا تختص صحته بالنهار، فجعل عبارة عن الوقت عرفاً وشرعاً إلا أن يريد به التقدير، فحينئذ جعل عبارة عن بياض النهار، وإن كان ما قرن به الفعل لا تختص صحته بالنهار كما لو حلف لا يكلم فلاناً يوماً، فإن اليوم في هذه الصورة يحمل على بياض [١٣٧٠أ/ ١].

وإن ذكر مقروناً بالكلام، والكلام تختص صحته ببياض النهار، لأنه ذكر اليوم لتقدير الحرمة الثابتة باليمين؛ فإنه متى لم يذكر اليوم ثبتت الحرمة، على سبيل التأبيد،

والتقدير لا يحصل متى صار عبارة عن الوقت، لأن الوقت بنفسه غير مقدّر. وبياض النهار مقدّر، فصار عبارة عن بياض النهار بدلالة التقدير. فأما متى لم يذكر اليوم للتقدير، فإنه يصير عبارة عن الوقت. متى ذكر مقروناً بفعل لا يختص بالنهار؛ وههنا اليوم لم يمكن للتقدير. وقد ذكر مقروناً بفعل لا تختص صحته بالنهار، فصار عبارة عن الوقت. وصار تقدير هذه اليمين وقت أفعل كذا امرأته طالق، ولو خرج بذلك تطلق امرأته، فعل ذلك الفعل ليلاً أو نهاراً، كذا ههنا.

وإن قال: عنيت بياض النهار، ففعل ذلك ليلاً لا يحنث في يمينه، ويصدق قضاء هكذا ذكر في كتاب الأيمان. وذكر في كتاب الطلاق أنه لا يصدق قضاء، فعلى رواية كتاب الطلاق جعله بادئاً للتخصيص، وعلى رواية كتاب الأيمان جعله بادئاً حقيقة كلامه، ولو قال: ليلة أفعل كذا، فهذا على سواد الليل خاصة، حتى لو فعل ذلك نهاراً لم يلزمه الحنث، لأن الليل في حقيقة اللغة عبارة عن سواد الليل، ولم يصر عبارة عن مطلق الوقت.

وفي «المنتقى» في باب الحلف على الكلام: إذا حلف لا يكلم فلاناً ثلاثين يوماً، وكان الحلف ليلاً ترك كلامه من تلك الساعة إلى أن تغيب الشمس من اليوم الثلاثين ولو حلف ليلاً لا يكلم هذا اليوم، فإنه يحنث بالكلام من تلك الليلة إلى أن تغيب الشمس في اليوم، وروي عن محمد رحمه الله خلافه، ولو حلف نهاراً لا يكلّم هذه الليلة لم يدخل ما بقي من اليوم في يمينه، إنما حلفه على الليل خاصة.

وذكر هذه المسألة في «المنتقى» في موضع آخر، وذكر فيها تفصيلاً. فقال: إذا قال في أول الليل: لا أكلمك اليوم ولا نيّة له فهذا باطل ولو قال ذلك في آخر الليل، فهو على اليوم المستقبل، وكذلك إذا قال آخر النهار فهو على الليل المستقبل.

وفي «الجامع» إذا قال: والله لا أكلمك في اليوم الذي يقدم فيه فلان، فكلمه في أول يوم قدم فلان في آخر ذلك اليوم حنث في يمينه. ولو قدم فلان في أول يوم وكلمه في آخر ذلك اليوم، وقع في بعض نسخ الزعفراني أنه يحنث، وعامة المشايخ على أنه لا يحنث ولا ذكر لهذه المسألة في «الكتاب» عن محمد رحمه الله، والوجه في ذلك أن القدوم وإن كان في معنى الشرط من حيث إنه ملفوظ على خطر الوجود إلا أنه ليس بشرط حقيقة وصورة، لأن الحالف ما جعله شرطاً لأنه ما قرنه بحرف الشرط وما عطفه على الشرط بل جعله معرفاً بشرط الحنث وهو الكلام، وإنما يكون معرفاً للشرط إذ وجد الشرط قبله؛ لأن من شرط المعرف للشيء أن يكون ذلك الشيء سابقاً عليه، حتى يحصل التعريف بوجود نفس المعرف، ولم يوجد ذلك ههنا، فعملنا بالمعرفة، فقلنا: إذا وجد القدوم قبل الكلام لا يحنث في يمينه، وعملنا بالشرطية فقلنا: إذا وجد القدوم بعد الكلام وقع الحنث مقصوداً عليه عملاً بالمعنيين جميعاً بقدر الإمكان.

ولو قال: لا أكلم فلاناً في الشهر الذي قبل قدومه، فكلامه في أول الشهر وقدم فلان لتمام الشهر حنث في يمينه، لأن شرط الحنث كلام المحلوف عليه في شهر قبل

قدوم فلان، وقد وجد فيحنث في يمينه، وإنما يحنث وتجب الكفارة بعد القدوم، لأن قدوم فلان في معنى الشرط على ما ذكرنا، وإذا كان القدوم في معنى الشرط كان كوقوع الحنث ووجوب الكفارة بعد القدوم لا محالة.

ولو قال: والله لا أكلمك شهراً قبل قدوم فلان وشهراً قبل قدوم فلان، فكلّم فلاناً بعد اليمين ثم قدم فلان بعد خمسة أيام لا يحنث في يمينه، لأن شرط الحنث وجود الكلام بعد اليمين في شهر قبل قدوم فلان لم يوجد بعد اليمين، فلم يوجد شرط الحنث، قال في «الكتاب»: ألا ترى أنه لو قال لعبده: أنت حر قبل قدوم فلان بشهر فقدم فلان بعد خمسة أيام وقت لا يعتق العبد، لأن العتق يضاف إلى شهر قبل قدوم فلان ولم يوجد بعد اليمين شهراً قبل القدوم، كذا في مسألتنا.

وإذا حلف لا يكلم فلاناً أبداً، فكلمه بعدما مات لا يحنث في يمينه؛ لأن معنى الكلام لم يوجد وإن وجد صورته؛ لأن معنى الكلام الإفهام يعني به إفهام الغرض وذلك بالإسماع، وإنه لا يتحقق بعد الموت، وهذه المسألة تدل على من حلف لا يكلم فلاناً فكلمه بعبارة لا يعرفها لا يحنث؛ لأن معنى الكلام هو إفهام الغرض ولم يوجد.

إذا حلف الرجل فقال: والله لأكلمن فلاناً أحد يومي أو قال: لأخرجن أحد يومي أو أحد اليومين أو أحد أيامي، فهذا على أقل من عشرة أيام فدخل ذلك الليلُ والنهار، حتى لو كلمه أو خرج قبل مضي العشرة ليلاً أو نهاراً أبرّ في يمينه وإن لم يكلمه أو لم يخرج حتى مضت العشرة يحنث في يمينه، ولو قال: أحد يومي هذين فهذا على يومه ذلك وعلى الغد.

سئل شمس الإسلام الأوزجندي عمن حلف لا يكلم أحداً فجاء كافر يريد الإسلام، قال: . . . .[1] صفة الإسلام مسلماً ولا يكلمه ولا يحنث في يمينه.

رجل قال لامرأته: اكر غانه فلان روم وباوى سخن كويم فأنت طالق فلم يذهب إلى بيته ولكن كلمه في موضع آخر لا يحنث في يمينه، ولو قال اكريه فانه فلان بني روم وباري سخن بني مويم فأنت طالق وباقي المسألة بحالها حنث في يمينه وطلقت امرأته، هكذا حكى فتوى شمس الأئمة الحلواني وفتوى ركن الإسلام علي السغدي رحمهما الله، لأن في الوجه الأول شرط الحنث شيئان الدعاء إلى بيته والكلام معه، وقد وجد أحدهما دون الآخر فلا يقع الحنث، وفي الوجه الثاني شرط البر شيئان، أن يذهب إلى بيته وأن يكلمه وقد وجد أحدهما فانعدم شرط البر فغاب البر ومن[1] . . . . . . بغير الحنث، وقد ذكرنا قبل هذا أن اليمين إذا عقدت على عدم الفعل في مجلس ينظر فيه إلى شرط البر، فهذا بناء على ذلك.

رجل قال لامرأته وقد كانت ذكرت إنساناً بين يديه: إن عدت على ذكر فلان فأنت طالق، فقالت: لا أعيد عليك ذكر فلان لا يحنثُ؛ لأنها ما ذكرت فلاناً إنما وضعت أنها

---

(١) بياض بالأصل.

منهية عما أمرها أن تنتهي عنه، وكذلك إذا قالت: نهيتني عن ذكر فلان فقد ذكرته فيحنث في «المنتقى». وفيه أيضاً: إذا قال: لا يكلم رجلاً، فكلم رجلاً فقال عنيت غيره لا يحنث بخلاف ما إذا حلف لا يكلم الرجل.

رجل قال لامرأته: إن لم تكلميني الليلة فأنت طالق فأبت [٣٧٠ب/ ١] المرأة الكلام وخاف الزوج وقوع الطلاق فالحيلة له أن يذكر أباها وأمها وأقاربها بين يديه بسوء فيهم فيصير ذلك حاملاً لها على جوابه، وعند ذلك لا يقع الحنث ولا يقع الطلاق. إذا حلف لا يكلم امرأة فكلّم صبية، فقد حكي عن المشايخ رحمهم الله أنه يحنث، وهذا الجواب بخلاف الرواية، والرواية في «المنتقى».

وفي «المنتقى» لو قال: والله لا أكلمك شهراً بعد شهر فهو بمنزلة قوله شهرين، وكذلك إذا قال: والله لا أكلمك سنة بعد سنة فهو بمنزلة قوله سنتين. ولو قال: والله لا أكلمك شهراً بعد هذا الشهر فله أن يكلمه في هذا الشهر.

وفيه: إذا قال لقومه: كلامكم علي حرام، فأيهم كلم حنث في يمينه، ولو حلف لا يكلمهم لم يحنث حتى يكلمهم جميعاً.

في «الجامع»: إذا قال الرجل لغيره: إن ابتدأتك بالكلام فعبدي حر، فالتقيا وسلم كل واحد منهما على صاحبه لم يحنث الحالف فيه، لأن شرط الحنث كلام موصوف بصفة البداية، والبداية بالسبق، والحالف إن كلمه بالسلام إلا أنه لم يسبقه، قال: ويسقط اليمين عن الحالف بهذا الكلام حتى لا يحنث أبداً بحكم هذا اليمين لوقوع الناس عن كلامه بصفة البداية؛ لأن كل كلام يوجد من الحالف بعد هذا فإنما يوجد بعد كلام المحلوف عليه، وعن هذه المسألة قلنا: إن الرجل إذا قال لامرأته: إن ابتدأتك بكلام فأنت طالق، وقالت المرأة: إن ابتدأتك بكلام فجاريتي حرة، ثم إن الزوج كلمها بعد ذلك لا يحنث في يمينه، لأن المرأة كلمته بعد يمينه فحنث. قالت: إن ابتدأتك بكلام فلا يكون الزوج متبدئاً لها بالكلام ثم تكلمه المرأة، ولا تحنث في يمينها قضاء، لأنها ما ابتدأت بالكلام، وإن كانت اليمين منهما معاً ينبغي أن يكلم كل واحد منهما صاحبه معاً، ولا يحنث واحد منهما.

وكذلك إذا قال لغيره: إن كلمتك قبل أن تكلمني فعبده حرُ فالتقيا فسلّم كل واحد منهما على صاحبه، وخرج الكلامان معاً لا يحنث في يمينه لأن شرط الحنث كلام موصوف بصفة السبق وكلام الحالف ليس بسابق.

ولو قال: إن كلمتك إلا تكلميني أو حتى تكلمني فتكلما معاً حنث في يمينه، ذكر في «الجامع» هكذا، وذكر القدوري في «شرحه» أن على قول أبي يوسف لا يحنث، وعلى قول محمد رحمه، الله: يحنث بما ذكر القدوري أن ما ذكر في «الجامع» قول محمد رحمه الله، قال في «القدوري»: وعلى هذا سائر الأعمال نحو: أن يحلف لا يدخل هذه الدار حتى يدخلها فلان فدخلا معاً، وكلام محمد رحمه الله في المسألة ظاهر؛ لأن شرط الحنث كلام مطلق ههنا إلا أن الحالف عقد يمينه إلى غاية، وهو كلام المحلوف

عليه، فقيل: كلام المحلوف عليه معه اليمين باقية وإذا كلم الحالف فقد وجد شرط الحنث حال بقاء اليمين فيحنث في يمينه.

إذا حلف الرجل فقال: إن كلمت فلاناً حتى يقدم فلان، أو قال: إلا أن يقدم فلان، أو قال: حتى يأذن لي فلان، أو قال: إلا أن يأذن لي فلان فعبدي حر، أو قال: فامرأتي طالق، وكلمه قبل القدوم أو قبل الإذن يحنث في يمينه؛ ولو كلمهُ بعد ذلك لا يحنث في يمينه لأنه جعل الإذن والقدوم غاية ليمينه؛ لأن كلمة حتى للغاية وكذلك كلمة الآن، فقد جعلَ غاية يمينهِ القدوم والإذن، وقيل: الإذن والقدوم يكون باليمين قائمة فإذا كلمهُ قبل القدوم والإذن فقد وجد شرط الحنث حال قيام اليمين فيحنث في يمينه، وإذا كلمهُ بعد القدوم والإذن فقد وجد شرط الحنث واليمين منتهية فلا يحنث، والله أعلم.

نوع آخر
من هذا الفصل في القراءة

إذا حلف لا يقرأ القرآن فقرأ القرآن في الصلاة أو خارج الصلاة يحنث في يمينهِ، وإذا حلف على هذا الوجه فالحيلة لهُ أن يصلي الفرائض بالجماعة ولا يحنث في يمينهِ، وإذا فاتهُ فلا حيلة في ذلك، وإذا قضاها قضاها بقراءة وحنث في يمينهِ. وفي الوتر ينبغي أن يقتدي بمن يوتر أيضاً، والمرأة إذا حلفت على ذلك تقتدي بزوجها أو بغيره من محارمها، ولو حلف لا يقرأ القرآن فنظر فيه من أوله إلى أخره لا يحنث في يمينهِ بالاتفاق، ولو حلف لا يقرأ كتاباً فنظر فيه حتى أتى إلى آخرهِ لم يحنث عند أبي يوسف، وقال محمد رحمهُ الله: يحنث، فأبو يوسف رحمه الله اعتبر الحقيقة فقال: القراءة عمل اللسان وذلك في التفكر والنظر لا يوجد، ومحمد رحمه الله اعتبر المقصود فقال: المقصود من قراءة الكتاب فهم ما فيه، وهذا المقصود يحصل بالتفكر والنظر بخلاف ما إذا حلف لا يقرأ القرآن فنظر فيه، لأن المقصود من قراءة القرآن الثواب، والثواب لا يحصل بمجرد التفكر. وعن محمد رحمه الله أنه توقف فيه بعد ذلك.

ولو حلف لا يقرأ لفلان كتاباً فقرأه حتى أتى على المعاني التي يحتاج إليها وكأنه قرأه فيحنثُ في يمينه، هكذا روي عن محمد رحمه الله إذا . . . . .(١) يحنث. ولو حلف لا يقرأ القرآن لا يحنث بالتسمية إلا أن ينوي التي في السورة النمل، وعن محمد رحمه الله أنه يحنث إلا أن تذّكر بعد شيء أصابه ولو حلف لا يقرأ سورة من القرآن فترك حرفاً منها حنث، ولو ترك آية طويلة لم يحنث، والله أعلم.

ومما يتصل بهذا النوع

إذا حلف لا يتمثل شعراً فتمثل نصف البيت لا يحنث، وإن كان نصف البيت بيتاً من شعر آخر، وعن محمد في رجل فارسي حلف أن لا يقرأ سورة الحمد بالعربية فقرأها

---

(١) بياض بالأصل.

لا يحنث، ولو كان رجلاً فصيحاً حنث لأن العجمي يريد به موضوع اللغة، وذلك في المعرب، والعربي يريد به اللغة العربية والملحون بعدم العربية، وفي «المنتقى» إذا حلف لا يقرأ كتاباً فهذا على كتاب يتبين في بياض أو غير ذلك، وإن نوى كتاب الناس في القرطاس دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين في القضاء، والله أعلم بالصواب.

نوع آخر
من هذا الفصل
في البشارة والخبر والحديث وما يتصل بها

قال في «الجامع»: إذا قال الرجل لغيره إن أخبرتني أن فلاناً قدم فامرأتي طالق أو قال: فعبدي حر، فأخبره بذلك كاذباً حنث في يمينه وعتق العبد، لأن شرط الحنث مطلق الخبر، ومطلقه يتحقق بالصدق والكذب، ألا ترى أن الناس في عرفهم وفي عاداتهم يقولون: أخبرنا فلان كاذباً، كما يقولون: أخبرنا فلان، وهذا بخلاف ما لو قال: إن أخبرتني بقدوم فلان، وأخبره بذلك كاذباً [لم] يحنث ولا يعتق عبده، لأن شرط الحنث في تلك المسألة إخبار ملصق [١/٣٧١أ] بقدومه، لأن حرف الباء لغة للإلصاق، والخبر إذا كان كاذباً لا يكون ملصقاً بالقدوم، فلا يتحقق شرط الحنث. واستشهد في «الكتاب»، فقال: ألا ترى أنه قال لغيره: إن أخبرتني أن امرأتي في الدار فكذا، فأخبره بذلك كاذباً يحنث في يمينه. ولو قال: إن أخبرتني بمكان امرأتي في الدار لا يحنث في يمينه والفرق ما أشرنا إليه.

ولو قال: إن بشرتني أن فلاناً قد قدم، إذا قال: إن بشرتني بقدوم فلان فكذا، فبشره بذلك كذباً لا يحنث في يمينه، لأن البشارة لغة اسم لخبر سار صرف، وليس عند المبشر له علمه، لأنها مأخوذة من البشرى، وهو ما يظهر في بشرة الوجه من فرح أو حزن، لكن كثر استعماله فيما يظهر في بشرة الوجه في فرح، فصار الاسم لما يظهر في بشرة الوجه من الفرح، حكم عليه الاستعمال كالحقيقة والكلام بحقيقته يقتضيه الأصل، وإنما يظهر الفرح في بشرة الوجه إذا كان الخبر صادقاً، ولا يكون المبشر له علم به.

ولو قال: إن علمتني أن فلاناً قد قدم، أو قال: إن أعلمتني بقدوم فلان فكذا، فأخبره بذلك كاذباً لا يحنث لأن شرط الحنث الإعلام، والإعلام إيقاع العلم المنافي للجهل للعبد، وبالخبر الكذب لا يحصل العلم، فلا يتحقق شرط الحنث.

وإن أخبره بذلك صادقاً ولكن بعدما علم الحالف إنه لا يحنث أيضاً، لأن العلم لم يحصل للحالف بهذا الخبر فلا يكون هذا الخبر إعلاماً، بخلاف ما لو قال: إن أخبرتني، فأخبره بعدما علم الحالف به، فإنه يحنث في يمينه، لأن مطلق الإخبار يتحقق وإن كان للمخبر له علم بالمخبر به. وإن عنى بقوله: أعلمني أخبرني حنث الحالف وإن كان الإخبار بعد ما حصل العلم للحالف بما أخبر له، لأنه نوى ما يحتمله كلامه، الإعلام إخبار وزيادة فيجوز إطلاق اسم الإعلام على الإخبار بطريق المجاز. فهو معنى قولنا: نوى ما يحتمله لفظه، وينبغي أن تصح نيته ديانة وقضاءً، لأن فيما نوى تغليظ عليه.

ولو قال له: إن كتبت إلي أن فلان قد قدم فكذا، فكتب إليه كاذباً يحنث، لأن شرط الحنث ههنا كتابة ملصقة بالقدوم، وذلك لا يكون إلا بعد القدوم، ولو كتب إليه في هذه الصورة أن فلاناً قد قدم وقد كان فلان قدم قبل الكتابة، إلا أن الكتابة لم تعلم بذلك حنث الحالف في يمينه، لأن شرط الحنث في هذه الصورة كتابة ملصقة بالقدوم، لا علم «الكتاب» بالقدوم، وقد وجد ههنا كتابة ملصقة بالقدوم، فتحقق شرط الحنث.

قال في «الزيادات»: إذا حلف الرجل لا يظهر سِرّ فلان لفلان أبداً، فأخبر به بكتاب كتبه إليه أو بكلام أو سأله فلان أكان سرّ فلان كذا، فأشار برأسه أي نعم حنث في يمينه. لأن الإظهار عبارة عن فعل يحصل به الظهور، وقد حصل الظهور بهذه الأشياء، وكذلك لو حلف لا يفشي سر فلان إلى فلان وحلف لا يعلم فلاناً بسرّ فلان أو بمكان فلان ففعل شيئاً مما ذكرنا حنث في يمينه، لوجود شرط الحنث وهو الإفشاء، فإن الإفشاء والإعلام يحصل بهذه الأشياء.

وكذلك لو حلف ليكتمن سره أو أخفينه أو أستر به ففعل شيئاً من ذلك حنث في يمينه، لأن شرط البر الإخفاء والكتمان والستر. فكان شرط الحنث ضد ذلك، وهو الإظهار، وقد تحقق الإظهار بما فعل بتحقق شرط الحنث.

وكذلك إذا حلف لا يدُلّ على فلان ففعل شيئاً من ذلك حنث في يمينه؛ لأن الدلالة بمعنى الإظهار والإعلام. وإن عنى في هذه الوجوه كلها الإخبار بالكلام والكتابة والرسالة دون الإشارة، ذكر في «الكتاب» أنه يدين، ولم يزد على هذا ولا شك أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى. لأن الإظهار والإفشاء والإعلام وإن كان يحصل بالإشارة فهي بالكلام والكتابة. فإذا نوى ذلك فقد نوى ما هو أحد الوجوه من محتملات لفظه، والله تعالى مطلع على ما في ضميره.

وهل يصدق في القضاء؟ ذكر عن الحاكم أبي نصر محمد بن مهرونة[1] أنه يصدق، وعامة المشايخ رحمهم الله على أنه لا يصدق.

ثم إذا حلف بهذه الأشياء وطلب الحيلة والمخرج عن ذلك، فالحيلة أن يقال: إنا نذكر أماكن وأشياء من التهمة مما ليس بمكان فلا تستره فقل: لا، فإذا تكلمنا بسره أو مكانه فاسكت، فإذا فعل ذلك واستدلوا على سره ومكانه لا يحنث في يمينه، لأن هذا ليس بإظهار ولا إفشاء ولا إعلام ولا دلالة لأن هذه لا بد لها من قول، ولم يوجد منه إلا السكوت وإنه ليس بقول ولا فعل بل هو ترك الفعل، إلا أنهم استدلوا بسكوته على مرادهم واستدلالهم بفعل منهم ولا يصلح سبباً للحنث.

وإذا حلف لا يستخدم فلانة فأومأ لها بخدمة فقد استخدم، والاستخدام بالإشارة متعارف خصوصاً في الملوك والأكابر، ويستوي إن خدمته فلانة أو لم تخدمه، لأن اليمين

---

(١) محمد بن مهرونة: كذا بالأصل، ولعله محمد بن مهرويه. ولم أجد له ترجمة في المصادر والمراجع التي بين يدي.

عقدت على الاستخدام، والاستخدام طلب الخدمة وقد تحقق طلب الخدمة، وإن لم تخدمه فلانة.

وإذا حلف الحر فلان السر فلاناً[1] أو بمكاني ففعل ذلك بكتاب أو رسالة حنث في يمينه، لوجود الشرط فإن الإخبار كما يكون بالكلام يكون بالكتابة والرسالة. وكذلك لو حلف لا يبشر فلاناً بكذا، ففعل ذلك بكتاب أو رسالة يحنث في يمينه، ولو قيل له: أكان الأمر كذا؟ فلان في موضع كذا؟ فأومأ برأسه أي نعم فهذا ليس بإخبار ولا بشارة ولا يحنث في يمينه. ألا ترىٰ أن بعد هذه الإشارة يتحرر ذلك الرجل أن يقول: ما أخبرنا فلان ولا تسرر به وإنما أشار برأسه. وإن عَبَّر بالإخبار والبشارة الإشارة بالرأس، وغير ذلك صدق ديانة وقضاء. لأنه معنى الإخبار والبشارة وفيه تغليظ وتشديد عليه فيصدق.

وإذا حلف لا يقّر لفلان بمال فقيل له: لفلان عليك كذا وكذا، فأشار برأسه أي نعم لا يحنث في يمينه، لأن الإقرار لا يتحقق [٣٧١ب/ ١] بالإشارة؛ ولأنه إخبار عن كائن سيأتي.

وقد ذكر أن الإخبار لا يفصل بالإشارة، ألا ترى أنه لو قرىء عليه حكي إقرار وقيل أهو هكذا؟ فأشار برأسه أي نعم! لا يكون إقراراً حتى لا يحل للشهود أن يشهدوا عليه بذلك المال كذا ههنا. فإن قيل أليس أن الأخرس إذا أقر بالإشارة فإنه يصح ويقضي القاضي به، ولو كان الإقرار مما لا يحصل بالإشارة ينبغي أن لا يصح. قلنا من وجهين: أحدهما: أن شرط جواز القضاء ليس هو الإقرار ولا الإشارة، وإنما الشرط علم القاضي بوجوب الحق، فالعلم حاصل بالإشارة وإن لم يكن إقراراً، أما شرط الحنث غير الإقرار، والإقرار لا يحصل بالإشارة.

والثاني: أن في حق الأخرس قامت الإشارة بحكم العجز مقام الإقرار، وجاء القضاء لوجود ما قام مقام الإقرار لا وجود الإقرار، فأما شرط الحنث الإقرار لا ما قام مقام الإقرار، وإن قال: عنيت أن لا أقر بالإشارة فهو كما عنى، لأنه نوى معنى الإقرار، وفيه تغليظ وتشديد عليه، وإذا حلف أن لا يتكلم بسرّ فلان لا يحنث بالكتابة والرسالة والإشارة، لأن الكلام ما يكون مشافهة ببيان يسمىٰ متكلماً، ألا ترى أن موسى صلوات الله وسلامه عليه، كان مخصوصاً من الرسل بكلام الله تعالى مع استوائهم في الكتابة والرسالة.

ولو قيل له: أكان سر فلان كذا، أو قيل له: أفلان بمكان كذا. فقال: نعم يحنث في يمينه، لأن نعم جواب لما سبق من السؤال، والجواب يتضمن إعادة ما في السؤال، فكأنه قال: نعم سر فلان كذا، فلان في مكان كذا، ولو صرح بهذا ليس إنه يحنث فكذا ههنا، والجواب في قوله: سر فلان نظير الجواب في قوله لا يتكلم سر فلان.

ولو حلف على هذه الأيمان كلها ثم خرس الحالف وصار بحيث لا يقدر على

(١) كذا العبارة بالأصل.

التكلم كانت يمينه على الإشارة والكتابة؛ إلا في خصلة واحدة؛ إنه إذا حلف لا يتكلم بسر فلان أو حلف لا يحدث بسرّ فلان لم يحنث بالإشارة والكتابة، وإن كانت الإشارة والكتابة بعد الخرس، وهذا لأن الخرس ينافي الكلام والحديث، ولا ينافي ما سوى ذلك من الإقرار والإخبار والبشارة على حسب ما يليق بحاله، وكل ما ذكرنا أنه يحنث بالإشارة. إذا قال: اشربوا ماء لا لزيد الذي حلفت عليه. فإن كات جواباً لشيء سئل عنه لم يصدق في القضاء، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى، لأن ما يقوله محتمل بأن أراد بالإشارة الابتداء، إلا أنه خلاف الظاهر؛ لأن الجواب يتقيد بالسؤال فلما كان الاحتمال يدين فيما بينه وبين الله تعالى، ولما أنه خلاف الظاهر لا يصدق في القضاء، وإذا قال: لا أقول لفلان كذا، لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في «الجامع»، ولا في «الزيادات».

وروي عنه في «النوادر»: أنه مثل الخبر والبشارة، حتى الحنث بالكتاب والرسالة قال: ألا ترى أنك تقول: قال الله لنا كذا. ولا تقول: كلمنا، ولو حلف لا يدعو فلاناً فدعاهُ بكتابة أو رسالة روى هشام عن أبي يوسف أنه لا يحنث، وفي ظاهر الرواية يحنث، لأن في العرف الدعاء بالرسالة والكتابة كالدعاء بالمشافهة، يقال: دعا السلطان أمير بلدة كذا إلى بابه، وإن كتب إليه كتاباً أو أرسل إليه رسولاً. والرسول ﷺ بعث داعياً للكل إلى الله تعالى، وقد دعا البعض بالمشافهة والبعض بالكتابة والرسالة، وكان داعياً في حق الكل.

وروي عن محمد رحمه الله في «النوادر»: أن التبليغ بمنزلة الإخبار يحصل بالكتابة والرسول، وكذلك الذكر يحصل بالكتابة والرسول. ولو قال: أي عبد بشرني بكذا فهو حر فبشروهُ معاً عتقوا، ولو بشره واحد بعد واحد عتق الأول خاصة، ولو أرسل إليه أحدٌ منهم رسولاً فإن أضاف الرسول الخبر إلى المرسل عتق المرسل، ولو أخبره الرسول ولم يضف إلى العبد لم يعتق.

نوع آخر من هذا الفصل في
الشتم والسب وأشباهما

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: إذا قال الرجل لغيره: إن شتمتك في المسجد فعبدي حر، فشتمهُ والشاتم في المسجد والمشتوم خارج المسجد يحنث، ولو كان على العكس لا يحنث، لأن غرض الحالف من هذه اليمين صيانة نفسه عن مباشرة ما لا يحل مباشرتهُ في المسجد، وهو الفحش واللغو، وهذا المقصود إنما يحصل بما قلنا.

في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: رجل جرى بينه وبين والدته تشاجر، وقال الرجل لوالدتهِ: اكر مرأ تركي قامرأتي طالق وخرج من المنزل، وقالت والدتهُ مه بوتاش ومردون بو فسمع الرجل هذه المقالة طلقت امرأتهُ. قال لأن هذا . . . .[1] كبدل.

---

(١) بياض بالأصل.

وفيه أيضاً: إذا حلف لا يشتم أحداً. فقذف أو شتم مثنى يحنث في يمينهِ، لأنه قذف وشتم. قال لامرأتهِ: إن شتمت أمي أو ذكرت سرها فأنت طالق، فقالت له: كانت أمك. . . . .[1] طلقت.

وفي عتاق «فتاوى أبي الليث» رحمه الله، إذا قال لعبده: إن شتمتك فأنت حر، قال له: لا بارك الله فيه لا يعتق؛ لأن هذا ليس بشتم بل هذا دعاء عليه، وهكذا ذكر في أيمان «الجامع الصغير».

فيه أيضاً: إذا قال لغيره: لا أنت ولا أهلك ولا مالك إن هذا شتم، وعلل فقال: لأن هذا لعن، واللعن شتم فيما بين الناس [٣٧٢أ/ ١].

وإذا حلف لا يقذف فلاناً. ثم قال له: . . . . .[1] في المشايخ رحمهم فيه. قال الصدر الشهيد رحمه الله: والمختار أنه يحنث لأن هذا قذف له في حكم العرف والعادة.

وفي «المنتقى» عن أبي يوسف رحمه الله: رجل قال لامرأته: إن لم. . . .[1] أو قال: إن لم أسرك فأنت طالق ثلاثاً، فغاب عنها أشهراً لم ينفق عليها وتزوج عليها، قال لها أهلها: قد أساءك زوجك . . . . .[1] فقالت ما ساءني وما . . . .[1].

فالقول قول المرأة ولا يحنث، وعليه لو قال إن ضاررتك ولو قال: إن أسأتك فأنت طالق ففعل ذلك فأضر لإضرارها. . .[1] لإضرارها حنث.

امرأة كانت تمن على زوجها بشيء صنعت في حقه فقال الزوج: اكرموايتس يسرزني فامتنعت عن ذلك في وجه الزواج، ولكن كانت تركد عند غيبته مع غيره فلا حنث إذا كان مراده وكرها ذلك بين يديه هكذا حكى فتوى نجم الدين النسفي.

رجل لامرأته: بابراده دشنام ندهي مرامن يكي دشنام ندهم ترا، وحلف عليه ثم إنها شتمت زوجها عشر مرات، وهو لم يشتمها أو شتمها، ثم إن الزوج شتمها في وقت آخر، لم تشتمه في ذلك الوقت لم يحنث في يمينه، لأنه جعل ليمينه على شتمها غاية، وهو شتمها إياه عشر مرات حنث.

قال: يا توده وشنام ندهي مرا، فإذا شتمته عشر مرات فقد انتهت يمينه، فلا يحنث متى شتمها بعد ذلك، ولو قال: ميركاه كي تومرا دثنام وهي من ترايك وشنام ندهم فكذا مع أي وقت شتمها ولم تكن هي شتمته سابقاً على شتمه عشر مرات طلقت، لأن هذه الصورة ما فعل ليمينه غاية بل جعل شرط الحنث في يمينه شتمه في عموم الأوقات قبل شتمها إياه.

ولو قال: هركاه تراب صحاح سود باتو امراده شنام ندهي من ترابك وشنام ندهم فهٰهنا لا ينتهي يمين الزوج بوجود الشتم منها مرة، وإن ذكر حرف الغاية وهو قوله بالآية، إنما ذكر الغاية بكل وقت ومع فيه إلحاح فينتهي اليمين في كل وقت وقع فيه اللجاج بوجود الشرط فيها، ويبقى اليمين على وقت آخر يقع اللجاج فيه لعموم اللفظ. هكذا حكى فتوى نجم الدين النسفي رحمه الله، وهذا إشارة إلى أن قوله: هركاه يقع على كل مرة وقد ذكرنا اختيار الصدر الشهيد رحمه الله، فيه أنه يقع على مرة واحدة، والله أعلم.

---

(١) بياض بالأصل.

الفصل الحادي عشر
في الحلف على العقود

هذا الفصل مشتمل على أنواع.

نوع منه في النكاح

بعض مسائل هذا النوع قد تقدم ذكره في آخر كتابه، وبعضها تقدم ذكره في كتاب الطلاق، جملة ما لم يتقدم ذكره ثمة ما قال في «الجامع»: إذا حلف الرجل أن لا يتزوج اليوم امرأة، فتزوج امرأة نكاحاً فاسداً لم يحنث في يمينه، لأن مطلق الاسم ينصرف إلى الكامل والتام. وتمام السبب في الوكالة وكماله بإفادته الحكم المختص به المقصود منه، والحكم المقصود المختص بالنكاح الحل، والنكاح الفاسد لا يفيد الحل ما لم يكن تاماً، فلا يوجد شرط الحنث، ولأن السبب إنما ينعقد بصفة التمام إذا لم يكن في المحل ما ينافيه، وفي المحل ما ينافي النكاح من وجه، لأن النكاح نقيض المملوكية، والحرية تنافي المملوكية فلا يكون محلاً، وكان محلاً من وجه دون وجه، وإنما سقط باعتبار المنافي باعتبار الحاجة تندفع بالجائز، فلا حاجة إلى الفاسد كيف وإنّ الحاجة لا تُدْفع بالفاسد. . . . .[1] لأنه لا يفيد الحل، ثم هذا التعليل إشارة إلى أن النكاح الفاسد منعقد ولكن لا بصفة التمام.

وهذا فصل اختلف فيه المشايخ رحمهم الله، قالوا بعضهم: ينعقد ولكن لا بصفة التمام، وبعضهم قال: لا ينعقد أصلاً؛ لأن في المحل ما ينافيه. وإنما سقط اعتبار المنافي لحاجة ولا حاجة إلى النكاح الفاسد، أو لا تندفع الحاجة بالنكاح الفاسد فلا يسقط اعتبار المنافي في حق النكاح الفاسد، والنكاح الفاسد لم يصادف محله فلم ينعقد أصلاً.

ومنهم من قال: ينعقد مقتضى الإقدام على الوطء ضرورة أن لا يمتنع ما للزوج ولا ضرورة في حق الحنث فلا يظهر الانعقاد في حق الحنث، هذا إذا عقد يمينه على المستقبل، ولو عقد يمينه على الماضي بأن قال: إن كنت تزوجت أمس فكذا، وكان تزوج امرأة نكاحاً فاسداً حنث، واسم النكاح مطلقاً في المستقبل ينصرف إلى الجائز دون الفاسد، وفي الماضي ينصرف إلى الجائز والفاسد جميعاً، والقياس في الماضي أن ينصرف إلى الجائز أيضاً لما ذكرنا أن مطلق الاسم ينصرف إلى الكامل والتام، لكن تركنا القياس في الماضي بحكم العرف، فإن في العرف يراد بالإخبار عن أمر ماضى الحكاية عن الموجود ولا يراد به الحكم ولا المقصود الذي شرع له.

قلنا: والصحيح والفاسد في حق صحة الحكاية عنه سواء، ومثل هذا العرف لم

---

(١) بياض بالأصل.

يوجد في المستقبل فيعمل فيه بقضية القياس، ولأن مطلق الاسم لما انصرف إلى الجائز بالدليل الذي قلنا صار الجواز كالمنصوص عليه في الماضي والمستقبل، إلا أنه لو صرّح بالجواز الماضي يحنث بالفاسد، لأن النكاح في الماضي صار عيناً بالأداء، والصفة في العتق لغو، ولو صرح في الجواز في المستقبل لا يحنث بالفاسد، لأن النكاح في المستقبل لم يصر عيناً، والصفة في غير المعين معتبرة، وإن نوى الجائز في الماضي، أو نوى الفاسد في المستقبل دين فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء.

وروى ابن سماعة في «نوادره» عن أبي يوسف رحمه الله إذا قال: إن كنت تزوجت اليوم امرأة فعبدي حر، وقد كان تزوجها نكاحاً فاسداً لا يحنث في يمينه، ولو حلف لا يتزوج امرأة فتزوج امرأة بغير أمرها بأن زوجها منه فضولي لا يحنث في يمينه. فرق بين نكاح [٣٧٢ب/١] الفضولي وبين بيع الفضولي ولا فرق بينهما من حيث الصورة، لأن نكاح الفضولي يفيد الحكم في الجملة، فإنه يفيد الحل عند إجازة المرأة، كما أن بيع الفضولي يفيد الحكم وهو الملك عند إجازة المالك، وكان كاملاً كالبيع فيتناول مطلق اسم الزواج، ومع هذا فرق بينهما فقال: في النكاح لا يحنث. وقال: في البيع يحنث.

والفرق أن نكاح الفضولي ليس بمنعقد على سبيل التمام، لأن في المحل ما ينافيه على ما مرّ فلا يكون تاماً، فلا يتناول مطلق الاسم إلا أن الشرع أسقط اعتبار المنافي في حالة مخصوصة، وهي حالة رضاها، في باب النكاح، وفيما عدا هذه الحالة لا يسقط اعتباره فلا يتم الانعقاد والتقريب ما مرّ، بخلاف بيع الفضولي؛ لأن بيع الفضولي تام؛ إذ ليس في المحل ما ينافيه.

فإن قيل: الحكم في حق الأمة نظير الحكم في حق الحرة، وليس في الأمة ما ينافي الانعقاد، قلنا: لا بل في الأمة ما ينافي الانعقاد، لأن بالرق ذهب نصف وبقي النصف، كما كان قبل الرق بقي الباقي الجواز باعتبار الحرية، وبهذا استحق القسم كما قبل الرق، فلو أن المرأة أجازت النكاح حنث في يمينه، لأن بالإجازة ينعقد العقد بصفة التمام فتم السبب، ولذلك إن أجازت في العقد يحنث في يمينه، وكان ينبغي أن لا يحنث، لأن النكاح إنما تم في العقد وشرط الحنث نكاح تام اليوم، والجواب: النكاح وإن تم في الغد إلا أن التمام صفة النكاح، والصفة تقوم بالموصوف وتستند إلى وقت النكاح ولهذا شرطت الشهادة وقت النكاح لا وقت الإجازة، وإذا استند التمام إلى وقت النكاح كان النكاح تاماً في اليوم، فلهذا حنث في يمينه.

قال في «الكتاب»: ألا ترى أن من حلف أن لا يتزوج امرأة بالكوفة، فتزوج امرأة بغير رضاها فبلغها الخبر وهي بالبصرة، فأجازت نكاحها حنث في يمينه، وإن كان تمام النكاح بالإجازة، والإجازة وجدت بالبصرة، ولكن قيل: بأن التمام مستند إلى وقت العقد، والعقد وجد بالكوفة وبهاتين المسألتين يستدل بعض مشايخنا رحمهم الله فيمن حلف بطلاق امرأة أتزوجها، فزوجه رجل تلك المرأة بغير أمره، وأجاز قولاً أو فعلاً إنها لا تطلق؛ لأنه عقد يمينه على التزوج، والإجازة ليست بتزوج ولا بتزويج ألا ترى أن

محمداً رحمه الله، لم يجعل الإجازة تزويجاً في هاتين المسألتين؛ إذ لو جعلها تزويجاً كان لا يحنث، إذا أجازت في الغد وإذا أجازت بالبصرة كما لو تزوجها، وكما لو تزوجها في الغد وكما لو تزوجها بالبصرة، فعرفنا أن الإجازة ليست بتزويج ولا تزوج، فهذا فصل اختلف المشايخ فيه، وقد ذكرنا اختلاف المشايخ رحمهم الله في تلك المسألة أنها تطلق أجاز الزوج نكاحها قولاً أو فعلاً يصدر عن هاتين المسألتين. ويقول: بأن طريق الحنث في تلك المسألة أن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء من حيث إن العاقد بالإجازة يصير نائباً عنه من ذلك الوقت ويعد النائب كفعل المنوب عنه فيصير متزوجاً من ذلك الوقت.

إذا ثبت هذا فنقول: المرأة بالإجازة في هاتين المسألتين صارت من وجه. . . . .[1] من ذلك الوقت الذي عقد الفضولي العقد عليها بفعل الفضولي، كما لو أذنت بذلك في الابتداء، فلهذا حنث في المسألتين.

وفي «المنتقى»: إذا قال الرجل: لأتزوجن بالكوفة فزوجه رجل وليته الكبيرة ببغداد وبلغها الخبر فأجازت وهي بالكوفة، فقد بر في يمينه قال: لأنه إنما صار متزوجاً يوم أجازت النكاح، وعلى هذا إذا قال: لأتزوجن يوم الجمعة، فزوجه رجل ابنته يوم الخميس وأجازت يوم الجمعة وعلى قياس المسألة المتقدمة ينبغي أن لا يبر ههنا لأن عمل الإجازة في إتمام النكاح، والتمام مستند إلى وقت المباشرة فيصير متزوجاً ببغداد ويوم الخميس فلا يبر.

وفي «العيون»: إذا حلف الرجل لأتزوجن سراً فأشهد بشاهدين فهو يبرُّ في يمينه؛ لأن النكاح لا تصور له بدون الشاهدين.

ولو أشهد ثلاثاً يحنث، لأن هذا علانية لأن النكاح يتصور بدون الثلاث فيصير علانية.

إذا حلف بالفارسية اكرزن كنم أو قال: اكرزن خواتيم أو قال: اكرزن لدام، فقوله: اكرزن كنم، وقوله اكرزن لدام، فقوله: اكرزن كنم، قوله إن تزوجت فيقع يمينه على العقد.

وقوله اكرزن لدام، فقوله: اكرزن كنم، اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، بعضهم قالوا: هو على العقد وقال بعضهم هو على الفعل. . [1] وهو الأظهر وأشبه، وإذا حلف لا أتزوج امرأة فوكل رجلاً حتى يزوجها منه، فزوجها منه حنث في يمينه.

وكذلك إذا وكل رجلاً أن يزوج له امرأة ثم حلف أن لا يتزوج فزوجه الوكيل تلك المرأة يحنث في يمينه، لأن الوكيل في باب النكاح، سفير ومفسر فتصير عبارته إلى الموكل وكأن الموكل تزوجها بعد اليمين، ولأجل هذا المعنى كانت العهدة على الموكل دون الوكيل ذكره في «الزيادات».

---

(١) بياض بالأصل.

وفي «المنتقى»: إذا حلف لا يتزوج امرأة فتزوج خنثىٰ حنث. وفيه أيضاً إذا حلف الرجل وهو ببغداد أن لا يتزوج من نساء بغداد فبعث إلى واسطية بواسط ليتزوجها، فحضرت الواسطية بغداد وتزوجها. قال: إن كانت الواسطية حين دخلت بغداد وطئت بغداد ثم تزوجها الحالف يحنث، لأنها صارت من نساء بغداد وإن كانت حين دخلت بغداد. قالت: إن تزوجني فلان أقمت ببغداد وإلا انصرفت إلى واسط فهذه ليست من نساء بغداد فلا يحنث بتزوجها. قال: ألا ترى أنها تصلي صلاة المسافرين في هذه الصورة، وفي الصورة الأولىٰ تصلي صلاة المقيمين، إذا حلف الرجل أن [٣٧٣أ/ ١] لا يتزوج بجن فزوجه لبوءة لا يحنث، هكذا ذكر في «الفتاوى».

وفي «القدوري»: إذا حلف لا يتزوج امرأة فصار معتوهاً فزوجه أبوه امرأة يحنث في يمينه، قال: لأن الحقوق تعود إليه فكان هو المتزوج. عبد حلف أن لا يتزوج امرأة فزوجه المولى امرأة على كره منه لا يحنث في يمينه، لأنه لم يتزوج ولو أكرهه المولي حتى تزوج بنفسه يحنث، لأنه قد تزوج.

وفي «العيون»: إذا حلف الرجل لا يتزوج من نساء أهل البصرة، فتزوج جارية قد ولدت بالبصرة ونشأت بالكوفة وأوطنت بها يحنث عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه يعتبر الولادة، فبهذه المسألة تبين أن ما تقدم من مسألة الواسطية، إذا وطنت ببغداد قولهما، لا قول أبي حنيفة رحمه الله وإذا حلف لا يزوج قروية فقد قيل: من كان خارج المصر فهو قروي، وهذا الجواب لا يستقيم فيمن سكن في المصر. ألا ترى أن من سكن ببخارى في بكستان قوط أو في رباط وليان لا يسمىٰ قروياً. ولو ذهبت امرأة مِصرية إلى قرية فولدت ثمة ولداً فالولد قروي على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله. وإن ذهبت إلى كرم وولدت ثمة ولداً فالولد لا يكون قروياً.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: إذا حلف لا يتزوج من بنات فلان فتزوج ابنه ابنته حنث. ولو قال: من أهل بيته فتزوج ابنة ابنته يحنث، لأن البنت من. . . . .[1] ما ليست من أهل بيته. لأن المراد من هذا البيت بيت ابنته والبنت . . . . .[1] إذا قال لامرأة: إن جلست في نكاحك فامرأته طالق فتزوجها لا تطلق، لأن المفهوم من هذا الكلام، جلوسه في نكاحهما مع غيره لا مع نفسه.

إذا قال لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق إن تزوجتك فتزوجها لا تطلق لأن المعلق بتزوجها طلاق معلّق بتزوجها فعند تزوجها يصير قائلاً لها أنت طالق إن تزوجتك، فإن طلقها ثم تزوجها ثانياً فقد تحقق الشرط، فيقع الطلاق فحينئذ يحكم اليمين. وما لا فلا، وعن أبي يوسف رحمه الله؛ فيمن حلف لا يزوج ابنته الصغيرة فأمر رجلاً فتزوجها فهو حانث، وكذلك لو زوجها فضولي فأجاز فهو حانث لأن حقوق العقد لا تتعلق بالعاقد فانصرفت اليمين إلى الإجازة، ويتقيد الحكم، وقد وجد عن أبي يوسف أيضاً في الرجل

---

(١) بياض بالأصل.

حلف لا يزوج عبده امرأة فتزوجها فضولي غيره، وأجاز هو أنه حنث. وعن محمد رحمه الله في فصل الفضولي أنه لا يحنث على الأب، لأن الإجازة ليست بتزويج، وإذا حلف لا يزوج ابناً له كبيراً فأمر رجلاً فزوجه وأجاز الابن لا يحنث، لأنه لم يوجد منه العقد ولا الإجازة.

وعن محمد رحمه الله في امرأة حلفت لا تزوج نفسها فزوجها رجل بأمرها أو بغير أمرها فأجازت حنثت. وهذه الرواية في الإجازة مخالفة للرواية المتقدمة، وكذلك البكر إذا حلفت لا تزوج نفسها فزوجها رجل بغير أمرها فبلغها الخبر فسكتت فهي حانثه. ولو حلفت البكر لا تأذن أحداً حتى يزوجها فزوجها رجل وبلغها الخبر فسكتت فلا رواية في هذا الفصل عن محمد رحمه الله، وأما الرواية في الرجل حلف لا يأذن لعبده في التجارة فرآه يبيع ويشتري فسكت فهو حانث. وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يحنث في المسألتين، لأن الإذن تصرف قولي لا يوجد إلا باللسان. وذكر في «النوادر» عن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يحنث.

إذا حلف لا يتزوج فلانة، فأمر رجلاً فزوجه يحنث. رجل تزوج امرأة وقد دخل بها ثم قال: قد كنت حلفت بطلاق كل امرأة ثيب أتزوجها، فتزوجت بهذه ولم أعلم كونها ثيباً حتى دخلت بها فوجدتها ثيباً وقع الطلاق عليه للحال، لأنه أقر بطلاقها ومالك إنشاء الطلاق فيملك إقراره به، بعد ذلك المسألة على وجهين إن صدقته المرأة فيما قال، فلها مهر ونصف المهر، نصف المهر بالطلاق قبل الدخول، ومهر آخر بالدخول بها بعدما وقع الطلاق عليها، وعليها العدة وليس لها نفقة العدة ولا السكنى ولا يجب عليها الحداد؟ وإن كذبته المرأة فيما قال فلها مهر واحد، وعليها العدة ولها نفقة العدة والسكنى، وعليها الحداد قيل: إنما يقع الطلاق في الصورة إذا صارت ثيباً بالإصابة، فأما إذا صارت ثيباً بالوثبة أو بالطفرة. . . .[1] السلام لا يقع.

رجل قال: إن تزوجت امرأة كان لها زوج فهي طالق، وطلق امرأته بطلقة بائنة ثم تزوجها لا تطلق، لأن اليمين وقعت على غيرها ولاية، وكذلك إذا قال: إن تزوجت امرأة ثيباً، أو قال: بالفارسية اكرزن روى شحاده تطلق امرأته التي دخل بها تطليقة بائنة، ثم تزوجها لا تطلق، لأن اليمين وقعت على غيرها، لأن غرضه الامتناع عن نكاح ممسوسة الغير، وقد قيل: وقوع الطلاق في هذه الفصول كلها، فالقول الأول راجع إلى اعتبار اللفظ. وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله، وأصل المسألة في «الجامع»:

امرأة قالت لزوجها: إن تزوجت عليّ امرأة فهي طالق ثلاثاً. فقال الزوج: بره طلاق فتزوج تطلق، لأن كلامه خرج جواباً، والجواب يتضمن إعادة ما في السؤال فكأنه قال: إن تزوجت عليك امرأة فهي طالق عشر تطليقات.

إذا حلف لا يتزوج بالزيادة على دينار فتزوج على فضة هي أكثر من دينار قيمته فلا

---

(١) بياض بالأصل.

حنث عليه، لأن الزيادة إنما تكون من جنس المزيد عليه ولم يوجد، ولو حلف ليتزوجن هذه المرأة اليوم ولها زوج فهذا على النكاح الفاسد، إذ لا يتصور العقد الصحيح فيها، اليوم فينصرف يمينه إلى النكاح الفاسد [٣٧٣ب/ ١] حتى لو أطلق الكلام ولم يقيده باليوم فحلف ليتزوجن هذه المرأة كانت يمينه على النكاح الصحيح، لأنه إذا لم يقيد يمينه باليوم كان يمينه على الزواج في العمر، والتزوج الصحيح فيها في العمر متصور فلا ينصرف يمينه إلى النكاح الفاسد.

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: إذا قال الرجل لأجنبية: إن نكحتك فأنت طالق، ينصرف يمينه إلى العقد، ولو قال ذلك لامرأته أو لجاريته ينصرف إلى الوطء، حتى لو طلق امرأته وأعتق جاريته ثم تزوجها لا يحنث في يمينه، والفرق أن النكاح للوطء حقيقة وللعقد مجازاً لهما إذ أمكن العمل بالحقيقة لا يصار إلى المجاز وفي الأجنبية العمل بالحقيقة غير ممكن فينصرف يمينه إلى المجاز، وهو نظيره لو قال: إن راجعتك فكذا كانت يمينه على العقد، ولو قال لمنكوحته: إن راجعتك فكذا. كان يمينه على المراجعة الحقيقية، حتى لو طلقها ثم راجعها يحنث في يمينه، ولو تزوجها لا يحنث لأن في الأجنبيّة العمل بحقيقة المراجعة غير ممكن فانصرف يمينه إلى المجاز، وفي المنكوحة العمل بحقيقة المراجعة ممكن فلا ضرورة إلى صرف يمينه إلى المجاز.

قال في أيمان «الجامع»: إذا قال لامرأة لا تحل له وهو يعرف ذلك: إن نكحتك فعبدي حر، وهذا على صورة النكاح، وهو النكاح اللغوي لأنه هو المتصور، ولو قال: إن تزوجت الجدار أو تزوجت الحمار فعبدي حر. لا ينعقد اليمين، لا أصلاً لأن هناك لا تصور للزوج أصلاً لا لغة ولا شرعاً، ولا يسمى ذلك تزوجاً لغةً، ولهذا لا تصح إضافة التزوج إلى الجدار والحمار لغة، والتعليق بما لا يكون نصاً للحكم، أما في المرأة التي لا يحلّ التزوج متصور لغة وبهذا صح إضافة التزوج إليه فانعقد اليمين عليه والله أعلم.

نوع آخر
من هذا الفصل في البيع والشراء

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: وإذا حلف الرجل أن لا يبيع، فباع بيعاً فاسداً يحنث في يمينه، هكذا ذكر في «ظاهر الرواية»، وفي «النوادر» عن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يحنث، والصحيح ما ذكر في «ظاهر الرواية»، ووجه ذلك أن البيع الفاسد بيع تام؛ إذ ليس في المحل ما ينافي انعقاده، إلا أنه ينافي حكمهُ وهو الملك، وأنه لا يدل على نقصان فيه، كالبيع بشرط الخيار، يبقى هذا القدر لا يفيده الحل لا في الحال ولا في الثاني، قلنا: نعم إلا أن الحل ليس بحكم مقصود من البيع وإنما المقصود منه والمختص به الملك، والبيع الفاسد يفيد الملك في الجملة، وكمال السبب بإفادة الحكم المختص به، والمقصود منهُ لا بإفادته الحكم الزائد، فلو حلف لا يشتري اليوم فاشترى خمراً أو خنزير يحنث في يمينهِ، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يحنث، هكذا ذكر المسألة في «الجامع».

وذكر مسألة الشراء في موضع آخر، وذكر فيها القياس والاستحسان، وذكر القياس والاستحسان في مسألة الشراء، ذكر في مسألة البيع: ولو اشترىٰ بميتةٍ أو دم لا يحنث، لأن الشراء مبادلة المال بالمال والميتة والدم ليسا بمال، وكذلك إذا حلف لا يبيع وباع بالميتة أو الدم لا يحنث لما ذكرنا، ولو حلف لا يشتري فاشترى مكاتباً أو مدبراً أو أم ولد لا يحنث في يمينهِ، وكان ينبغي أن يحنث، لأن يشتري هو لا يفيد الملك في الجملة بأن يجبر المكاتب ببيع نفسه، والقاضي يقضي بجواز بيع المدبر وأم الولد في رواية فيكون نظير البيع الفاسد، والبيع بشرط الخيار للمشتري، والبيع من الفضولي.

والجواب: السبب إنما ينعقد بصفة التمام إذا لم يكن في المحل ما ينافي الانعقاد كما في المسائل التي هو ذكرها، فإن في تلك المسائل ليس في المحل ما ينافي انعقاد البيع، لأن المحل مال متقوم من كل وجه فانعقد البيع بصفة التمام، وإن تراخى حكمهُ إلى القبض والإجازة هناك في ثبوت الحكم لا في إزالة المنافي عن السبب، وفي المكاتب والمدبر وأم الولد ما ينافي انعقاد السبب وهو الحرية من والوجه الذي يعبرُ عنها حق الحرية، فلم يكن الانعقاد ثابتاً بصفة التمام إن سلَّمنا إن بيعهُ يجوز برضاه في إزالة المنافي عن السبب لا في إثبات الحكم وإذا وجدت الإجازة والقضاء زال المنافي عن السبب فينعقد بصفة التمام، ويقع الحنث حينئذ، أما قبل ذلك فلا يحنث، فإن قيل: أليس محمد رحمه الله ذكر في كتاب البيوع إذا جمع الرجل بين مدبر وقن في البيع، والبيع ينعقد في حق القن صحيحاً، ولو لم ينعقد العقد في حق المدبر لما انعقد العقد في حق القن، لأن بيع القن حينئذ يكون بيعاً بالحصة. قلنا: نحن لا ننكر انعقاد العقد في حق هؤلاء أصلاً، وإنما ننكر انعقاده في حقهم بصفة التمام، وهذا لأن امتناع العقد في حق المدبر سببٌ منافي وهو الحرية، والحريه في حقه ثابتةٌ من وجه دون وجه فكان المنافي قائماً من وجه دون وجه فيمتنع الانعقاد من وجه دون وجه، والانعقاد من وجه في حق المدبر يكفي للانعقاد في حق القن بصفة الصحة، لأن الانعقاد في حق القن حينئذ لا يكون بالحصة، هذا إن اشترى هذه الأشياء. ولو اشترىٰ [١/٣٧٤] شيئاً بهذه الأشياء، لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل.

وحكي عن بعض مشايخنا رحمهم الله أنه يحنث، كما لو اشترىٰ بالخمر والخنزير، وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله في شرح كتاب المأذون: أن من حلف لا يبيع فباع المدبر لا يحنث في يمينه، علّل فقال: لأن بيعه غير منعقد. ولو اشترىٰ عبداً من رجل قد علم المشتري أن العبد لغير البائع وأنه فضولي في البيع لم يأمره صاحب العبد به حنث في يمينهِ لوجود شرط الحنث وهو الشراء بصفة التمام. فإن الشراء من الفضولي منعقد بصفة التمام، إذ ليس في المحل ما ينافي انعقاده، وأنه يفيد الحكم في الجملة، فصار بمنزلة الشراء الفاسد. فإن كان عقد يمينه على المنافي بأن قالت: إن كنت اشتريت اليوم، أو قال: إن كنت بعت اليوم، وقد كان اشترى شراءً فاسداً، وباع بيعاً فاسداً يحنث في يمينه أيضاً. لأنه لما وقع الحنث بالفاسد والمستقبل، فلأن يقع الحنث في الماضي أولى.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: إذا قال: إن لم أبع هذا العبد فكذا. فاعتقه أو دبره حنث في يمنيه، لأن الحنث معلق بترك البيع. وقد ثبت الترك بالإعتاق والتدبير فصار كموت الحالف أو موت العبد قبل البيع، ولو كانت هذهِ المقاله للجارية، وباقي المسألة بحالها فمن مشايخنا رحمهم الله من قال: لا يحنث لأن احتمال البيع قائم بأن يرتد ويلتجىء بدار الحرب فيبرّ فلا يحنث في يمينه، والصحيح أنه يحنث لأنه عقد يمينه على البيع باعتبار الملك، وقد امتنع ذلك بالإعتاق والتدبير، وفي «نوادره» عن أبي يوسف رحمه الله إذا قال لأمته: إن لم أبعك فأنت حرّة، عتقت في قول أبي حنيفة رحمه الله، وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً: لا يعتق لأني لا أدري لعلّه يعتقها ثم يرتد وينسى فيسريها ويبيعها، ثم رجع وقال بقول أبي حنيفة رحمه الله.

وفي «القدوري»: إذا حلف الرجل ليبيعن أم ولد أو هذه المرأة الحرة المسلمة فباعهم برّ في يمينه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف: في الحر المسلم كذلك، فأما في أم الولد والحرة فاليمين على الحقيقة أن يريد أو يسبا فيبيع، وقول محمد رحمه الله يجب أن يكون كقول أبي يوسف.

وهذه المسألة فرع لمسألة أخرى ذكرها محمد رحمه الله في «الجامع» إذا قال لحرة: إذا ملكتك فأنت حرة، أو قال لها: إذا اشتريتك فأنت حرّة، فارتدت ولحقت بدار الحرب وسُبيت فملكها الحالف عتقت عندهما، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا تعتق، وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله جعلا الردة واللحاق والسبي مذكوراً صحيحاً لا يجاب الحرية. وأبو حنيفة يقول تصرف العاقل إنما يصح بطريق العلم إن وجد الصحة بذلك الطريق، ونحن نعلم ببديهة العقل أن العاقل لا يقصد الصحة بالطريق الذي قلتم؟ وبدونه لا يمكن تصحيح تصرفه؛ لأن تعليق العقد إنما يصح إذا حصل في الملك، أو مضافاً إلى ملك يوجب تيقن الجزاء عند وجوده، ولم يوجد كلاهما. أما التعليق بالملك فظاهر، وأما مضافاً إلى ملك يوجب تيقن الجزاء عند وجوده؛ لأنه أضافها إلى ملكها مطلقاً، وهو تملكها بالإجازة والنكاح. وهذا النوع من الملك لا يفيد العتق، ويملكها بعد وجود الوسائط التي ذكرتم، وإنه يفيد العتق وهو ما غير هذا النوع فلا يمكن تصحيح هذا اليمين إذا بينّه هذا.

جئناً إلى مسألتنا فنقول في مسألتنا: إذا عقد يمينه على أم ولده أو على الحرة أمكن حمله على البيع حقيقة بواسطة من الوسائط التي ذكرنا، فلا يحمل على البيع صورة وفيه لا يمكن جعله على الحقيقة، لأن الرجل لا يسبى فيحمل على البيع صورة، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يلتفت إلى هذه الوسائط، وبدونها لا يمكن جعله على البيع حقيقة فيحمل على البيع صورة.

وإذا حلف لا يشتري لحماً فاشترى رأساً لا يحنث في يمينه، وهذا بناءً على ما قلنا قبل هذا إذ الشراء معتبر بالبيع، وبائع الرأس لا يسمى بائع اللحم، فمشتريه أيضاً لا يكون مشتري اللحم، وهذا الخلاف ما لو حلف أن يأكل لحماً فأكل رأساً حنث في يمينه، لأن

الأكل يصادف ما على الرأس، وما على الرأس لحم حقيقة، فأما البيع والشراء يتناول الجملة، وباعتبار الجملة بائع الرأس لا يسمى بائع اللحم فمشتريه أيضاً لا يسمى مشتري اللحم.

ولو حلف لا يشتري رأساً فهو على رأس البقر والغنم عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما على رؤوس الغنم، وهذا اختلاف عصر وزمان فكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولاً هذا على رؤس البقر والغنم والإبل، لما أنه رأى عادة أهل الكوفة أنهم كانوا يبيعون الرؤوس في الأسواق، ثم لما تركوا ذلك في رؤوس الإبل رجع عن ذلك فقال: يمينه على رؤوس البقر والغنم خاصة، ثم إنهما لما شاهدا عادة أهل بغداد وسائر البلدان أنهم يبيعون في الأسواق رأس الغنم خاصة، وهذا إذا لم يكن له نيّة فإن نوى الرؤوس جميعاً فهو على ما نوى، لأنه ما نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه.

وإذا حلف لا يشتري شحماً واشترى شحم البطن يحنث، ولو اشترى شحم الظهر فهو الشحم الذي يخالطه اللحم لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في الأصل، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أنه لا يحنث، ومن المشايخ رحمهم الله من ذكر في «شرح الجامع الصغير» رحمه الله، أنه على الخلاف الذي في قصد الأكل .....(١) حقيقة وصاحبته، على قول أبي حنيفة رحمه الله يحنث بأكل شحم البطن، وعلى قولهما لا يحنث، ويحنث بأكل شحم بلا خلاف. وفي «المنتقى»: إذا حلف لا يشتري امرأة، فاشترى عجوزاً أو مرضعة يحنث، وفيه أيضاً إذا حلف لا يشتري غلاماً من نرويه أو من الهند فهو على ذلك الجنس حيث ما اشتراه، ولو قال غلاماً من خراسان. فاشترى غلاماً خراسانياً بغير خراسان لا يحنث. متى اشتراه من خراسان، روى المعلالى عن أبي يوسف رحمه الله إذا حلف الرجل لا يبيع صاعه إلا ببائع كثير فباعه ببائع فسأل التجار الذين يعالجون ذلك المتاع عنه فإن قالوا: هذا البائع في هذا المتاع كثير لا يحنثُ، وإن قالوا: كثير قليل يحنث.

وفي «المنتقى» أيضاً قال في «الجامع [٣٧٤ب/ ١] **الصغير**»: وإذا قال الرجل: هذا العبد حر إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق العبد؛ لأن البيع قد وجد بصفة التمام، لوجود حدّه وهو الإيجاب والقبول مضافاً إلى الجمل قابلاً للملك، إلا أن الملك غير بائن ولكن الملك حكم بالبيع وشرط الحنث نفس البيع لا حكمه، فإذا وجد البيع وجد شرط الحنث، والعبد في ملكه والمعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمرسل. فصار كأنه قال بعد البيع: هذا العبد حر، ومن باع عبداً بشرط الخيار لنفسه ثم أعتق يعتق العبد وينفسخ البيع كذا ههنا.

وكذلك لو قال المشتري: إن اشتريته فهو حر، فاشتراه على أنه بالخيار ثلاثة أيام فإنه يعتق، ولو كان المشتري قال: إن اشتريته فهو حر ثم اشتراه على أن البائع بالخيار لا

---

(١) بياض بالأصل.

يعتق العبد؛ لأن شرط العتق وإن وجد إلا أن العبد ليس في ملكه، وليس له ولاية اسقاط الخيار ليسقطه الخيار ويثبت الملك له مقتضىٰ بزوال العتق، بخلاف ما إذا اشترى بشرط الخيار لنفسه.

وذكر القدوري في «شرحه» أن من حلف أن لا يبيع فباع بيعاً فيه خيار البائع أو المشتري حنث في قول محمد رحمه الله ولم يحنث في قول أبي يوسف رحمه الله، لأن شرط الحنث البيع المطلق والبيع بشرط الخيار بيع مقيد، وتبين مما ذكر القدوري أن ثمّ ذكر في «الجامع الصغير» قول محمد رحمه الله وإذا حلف لا يشتري صوفاً فاشترى شاة على ظهرها صوف لم يحنث.

الأصل في جنس هذه المسائل أن المحلوف عليه إذا دخل في الشراء تبعاً بغير المحلوف عليه لا يقع له الحنث، وإن دخل مقصوداً يقع الحنث، وإن دخل مقصوداً خرج على هذا مسألة الشاة لأن الصوف الذي على ظهرها يدخل في البيع تبعاً لأجل. ولو اشترى شاة حيّة على ظهرها صوف بصوف يحنث، لأن الصوف الذي على ظهر الشاة؛ في هذه الصورة مقصوداً بالبيع ويأخذ قسطاً من اليمين، ولهذا شرط الاعتبار في هذا العقد هكذا ذكر من روى « ورق أرمن جاه ذكر است ما اتجاه كه ديكر ورق است غلط اقتاده است أرجهت فسعت» أصلٌ لأجل الخبر وزوج هو إليه الخبر وقال: لا يحنث.

وذكر في شهادات «القدوري» ما يؤكد ما ذكر في «مجموع النوازل»، فقال: لا يبيع لمن عاين ذلك إن شهد على البيع بل يشهد على التعاطي.

باع من رجل عبداً وسلمه إليه، ثم حلف البائع أن لا يشتري منه، ثم أقاله المشتري قيل لا يحنث في يمينه، ولو أقاله بمائة دينار وقد اشتراه بألف يحنث في يمينه وهو الجواب إنما يتأتىٰ على قول أبي يوسف رحمه الله ومحمد، لا على قول أبي حنيفة رحمه الله، يعرف بالتأمّل.

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: في باب المساومة، رجل ساوم رجلاً بثوب وأبى البائع أن ينقصه من اثني عشر، فقال المشتري: عبده حر إن اشتراه باثني عشر، ثم اشتراه بعد ذلك بثلاثة عشر يحنث في يمينه، وإنه مشكل من وجهين «أحدهما»: لأن شرط الحنث الشراء باثني عشر والثاني باثني عشر لما اشترى الكل بثلاثة عشر، قلنا: أما الأول قوله إن اشتريت باثني عشر جعل مجازاً عن قوله إن التزمت اثنا عشر لسبب هذا الشراء حتى ينقضه البائع لا نفس الشراء، ولكن أن يجعل الشراء مجاز عن الالتزام لأن في الشراء شيئان: عقد والتزام الثمن، فإذا جعلنا الشراء مجازاً عن التزام الثمن فقد خصصنا منه العقد وبعثنا الالتزام داخلاً تحت اليمين، ويكون هذا إثبات التخصيص فيما يلفظ بدلالة العرف، وذلك جائز وصار تقدير يمينه إن التزمت اثني عشر درهماً بسبب هذا الشراء فعبدي حر، وهناك إذا اشتراه بثلاثة عشر يحنث في يمينه، كذا ههنا.

وأما «الإشكال الثاني» قلنا: المشتري اليوم اثنا عشر درهماً بأداء كل الثوب لا بأداء بعض الثوب لأنه قابل ثلاثة عشر بالثوب، واسم الثوب اسم للكل فيصير كل جزء من

أجزاء الثمن بمقابلة جميع الثوب، وإنها تظهر الإيقام عند استحقاق بعض الأجزاء بطريق الضرورة حتى لا يلزم المشتري جميع الثمن بأداء بعض الثوب وهو لم يرض به، أما في غير حالة الاستحقاق لا ضرورة تحصل كل جزء من أجزاء الثمن مقابلاً بجميع البيع.

وكذلك لو اشتراه باثني عشر درهماً وديناراً، أو اشتراه باثني عشر درهماً وثوباً يحنث في يمينه لما قلنا، ولو اشتراه بأحد عشر درهماً وديناراً لا يحنث في يمينه، وإنه أيضاً؛ لأن قوله: إن اشتريته باثني عشر درهماً جعل مجازاً عن قوله: إن التزمت بسبب هذا الشراء اثني عشر درهماً أو ما يبلغ قيمته اثنا عشر درهماً عرفاً وعادة لا نفس الشراء على حسب ما قلتم في المسألة المتقدمة، وقد التزم بسبب هذا الشراء اثنا عشر درهماً وزيادة، قلنا ما ذكر من الجواب جواب القياس أما على جواب الاستحسان ينبغي أن يحنث لأن الدراهم والدنانير جعلا جنساً واحداً فيما عدا حكم الربا استحساناً.

ذكر في «المنتقى» في موضع، وذكر في موضع آخر: إذا حلف لا يشتري صوفاً فاشترىٰ إهاباً عليه صوف لم يحنث، وكذلك اشترى شاة بصوف، وصار في مسألة بيع الشاة التي على ظهرها صوف بالصوف المنفصل روايتان.

وفي «المنتقى» أيضاً: إذا حلف لا يشتري لبناً فاشترى شاة في ضرعها لبن لا يحنث، ولو اشتراه بلبن آخر قال أبو يوسف رحمه الله: كان أبو حنيفة رحمه الله يقول: اللبن والصوف سواء. [١/٣٧٥أ] وقال أبو يوسف: لو باع القياس في اللبن ولا أجعل له حصة من الثمن لأنه مغيب ولا يحنث في يمينه. ولو حلف لا يشتري آجرّاً أو حلف لا يشتري جصاً فاشترىٰ دار مبنية بذلك لا يحنث في يمينه، لأن هذه الأشياء دخلت في البيع تبعاً.

ولو حلف لا يشتري تمرة، فاشترىٰ نخلة فيها تمر وشرط التمر يحنث، ولذلك لو حلف لا يشتري بقلاً فاشترى أرضاً فيها بقل وشرط البقل يحنث في يمينه؛ لأن التمر والبقل دخلا في البيع في هذه الصورة مقصوداً بالذكر لا تبعاً، ألا ترى أن بدون الذكر لا يدخلان في البيع.

وإذا حلف لا يشتري لحماً فاشترى شاة حيّه لا يحنث، وكذلك إذا حلف لا يشتري زيتاً فاشترى زيتوناً، أو حلف لا يشتري قصباً فاشترىٰ بواري أو حلف لا يشتري جدياً فاشترى شاة حاملاً، أو حلف لا يشتري شعيراً فاشترى حنطة فيها حبّات الشعير لم يحنث، وعلى هذا جميع ما يدخل في البيع تبعاً، هذه الجملة من القدوري.

وفي «المنتقى» إذا حلف لا يشتري فضة فاشترى خاتماً فيه فضة يحنث في يمينه. ولو اشترى سيفاً مفضضاً لا يحنث في يمينه، ولو حلف لا يشتري فصّاً فاشترى خاتماً فيه فصّ يحنث في القياس في المنتقى.

وذكر في «المنتقى» المسألة تماثل إذا حلف لا يشتري فصاً فاشترى خاتماً فيه فص يحنث بإمكان ما ذكر بعد هذه المسألة. . . .(١) الاستحسان، قال ثمة يحنث وإن كان ثمن

---

(١) بياض بالأصل.

الفصّ أقل من ثمن الحلقة. وفيه أيضاً إذا قال: إن بعت غلامي هذا أحداً من الناس فكذا، فباعه من رجلين يحنث، وكذلك إذا قال: إن أكل هذا الرغيف أحد فأكله اثنان حنث في يمينه، وفي «نوادر هشام» عن محمد رحمه الله: فيمن حلف لا يشتري قميصاً فاشترى قميصاً مقطّعاً غير مخيط لا يحنث، لأنه اشترى خرقاً.

وفي «المنتقى»: إذا حلف لا يشتري حديداً فاشترى باباً فيه ساتر حديد لا يحنث، ولو اشترى بابه بحديد منفصل إن كان الحديد المنفصل أقل لم يحنث، وإن كان أكثر جاز الشراء ويقع به الحنث.

إذا حلف وقال: والله ما اشتريت اليوم شيئاً وقد كان اشترى أشياء في ذلك اليوم بالتعاطي فقد قيل: يحنث في يمينه.

وفي مجموع «النوازل» وضّح المسألة في طرق البيع فقال: إذا حلف الرجل أن لا يبيع الخبز فجاء رجل وأعطاه دراهم لأجل الخبز وهذه مكتوبة قبل هذه الورق بثلاثة أوجه أوراق. فصار كأنه باع باثني عشر درهماً وزيادة، ذكر القياس والاستحسان في مثل هذه المسألة في آخر الباب.

وصورتها: إذا قال: صاحب عبده حر إن باعه بعشرة دراهم إلا بأكثر أو قال: إلا بأزيد فباعه بتسع ودينار لا يحنث في يمينه استحساناً، لأن الدراهم والدينار جعلا جنساً واحداً فيما عدا حكم الربا استحساناً، فتكثر الدراهم بالدينار فكان هذا بيعاً بأكثر من عشرة.

قال مشايخنا رحمهم الله: ذكر القياس والاستحسان في آخر الباب، ذكر ههنا، قال: ولو كان صاحب الثوب حلف فقال: عبده حرّ إن باع هذا الثوب بعشرة دراهم فباعه بأحد عشر درهماً أو بعشرة دراهم ودينار أو ثوب لا يحنث في يمينه، وكان ينبغي أن يحنث ويجعل البيع بأحد عشر عدّ بيعاً بعشرة وهو شرط الحنث، ألا ترى في جانب المشتري جعلنا الشراء بثلاثة عشر شراء باثني عشر، وجعلنا الشراء باثني عشر وثوباً باثني عشر. قلنا: في الفرق بين جانب البائع وبين جانب المشتري: أن حقيقة البيع والشراء للعقد، وفي جانب البائع العبرة للحقيقة وهو العقد لا للمجاز وهو التزام؛ إذ ليس في.....[1] العقد التزام من حصة البائع، وباعتبار الحقيقة البيع بأحد عشر غير البيع بعشرة فلم يكن بشرط الحنث. أما في جانب المشتري العين للالتزام على ما مرّ في الملتزم لأحد عشر ملتزم للعشرة في ......[1] فلهذا افترقا. ولو كان صاحب الثوب باعه بتسعة دراهم لا يحنث في يمينه، كان ينبغي أن يحنث لأن البائع إنما منع نفسه عن البيع بعشرة لما فيه من النقصان، والنقصان في التسعة أكثر فصار البيع بتسعة شرط الحنث كالبيع بعشرة، قلنا: لو حنث في يمينه بالبيع بتسعة إنما يحنث إذا أراد ما في يمينه أو بتسعة، ولو لمجرد العرف إلا بلفظه، لأن لفظه لا يحتمل تسعة لأن لفظه عشرة واسم

(١) بياض بالأصل.

العشرة لا يتناول ما دونهما، والزيادة على لفظ الحالف بالعرف لا تجوز لأن العرف ليس لإيراد الجملة، واليمين لا يثبت لمجرد إرادة الحالف لا تزاد على اليمين، لأن العرف ولو حلف لا يبيعه منه بعشرة حتى يزيده فباعه بأحد عشر أو بعشرة ودينار لا يحنث في يمينه، لأن البائع بيمينه أثبت بيعاً مؤقتاً إلى غاية. وهو أن يزيد المشتري على العشرة، فإذا أزاد فقد وجدت الغاية فلا يبقى اليمين فكيف يحنث بعد ذلك؟ ولو باعه بتسعة لا يحنث أيضاً، لأن البيع بتسعة ليس بشرط الحنث على ما ورد.

ولو قال: عبده حر إن اشتراه بعشرة إلا بأقل فباعه بتسعة ودينار حنث استحساناً، لأن الدراهم والدنانير فيما عدا ذلك حكم الربا جنس واحد استحساناً فتكثر الدراهم بالدنانير ويصير ميسّر بالعشرة أو أكثر.

وإذا ساوم الرجل رجلاً بعبد فأراد البائع [٣٧٥ب/ ١] ألفاً وسأله المشتري بخمسمائة. فقال البائع: هو حر إن حططت عنك من الألف شيئاً، ثم قال بعد ذلك: بعتك العبد بخمسمائة فقبل المشتري البيع ولم يقبل حنث البائع، وعتق العبد، وإنه مشكل لأن شرط الحنث الحط، والحط الاسقاط وإنه يعتمد سامعه الوجوب.

والجواب عنه: أن البائع وإن ذكر الحط إلا أنه ما أراد به الاسقاط، وإنما أراد به التبعيض الذي يشتمل عليه الحط، لأنه ذكر الحط معرفاً بالألف واللام لتعريف المعهود، والألف المذكور عند المساومة والحط عن الألف المذكور عند المساومة لا يكون إلا بطريق التبعيض فانصرف يمينه إليه، فإذا باعه بخمسمائة فقد نقص عن الألف المسمىٰ عند المساومة، وإن حططت عن يمينه شيئاً فهو حر، وباقي المسألة بحالها لا يعتق العبد. لأن الثمن اسم للواجب بالعقد، ولم يحط عن الواجب بالعقد شيء، ولو حط عن يمينه شيئاً بعد ذلك انحلت اليمين لوجود شرطه، ولكن لا يعتق العبد لأنه زائل عن ملكه حتى لو كان المعلق طلاق امرأته أو عتق عبدا آخر، تطلق المرأة ويعتق العبد. وكذلك لو وهب له بعض الثمن في هذه الصورة قبل قبض الثمن أو بعده حنث في يمينه، لأن هنا نقص الثمن والحط سواء وهذا الجواب مشكل في هذه، الثمن بعد القبض، لأن بعد القبض الثمن لا يبقىٰ في ذمة المشري فلا يتصور اسقاط.

والجواب أن الثمن باق في ذمة المشتري بعد القبض، لأن ما قبضه البائع من المشتري ليس غير حقه، إلا أنه لا يظهر في حق المطالبة، لأنه لا يفيد لأن البائع إن طالبه به فللمشتري أن يطالب البائع بما قبض منه، فأما إظهاره في حق الهبة مقيّد «ما طهرياه ولو حط عنه جميع الثمن ووهب منه جميع الثمن لا يحنث، لأن هذه اليمين ليس بحط، ولو أبرأه عن بعض الثمن إن كان قبل قبض الثمن حنث في يمينه، وإن كان بعد قبض الثمن لا يحنث في يمينه. والإبراء قبل القبض لا يفارق الحط والهبة، والإبراء بعد القبض يفارق الحط والهبة.

حلف الرجل لا يبيع داره فإن أعطاها في صداق امرأته حنث في يمينه، هكذا ذكر في «النوازل» قال الصدر الشهيد رحمه الله: يجب أن يكون الجواب فيه على التفصيل إن

تزوجها على الدار لا يحنث في يمينه لأن هذا ليس ببيع وإن تزوجها على دراهم أو دنانير وأعطاها الدار عوضاً عن الدراهم والدنانير حنث، لأن هذا بيع.

رجل حلف بعتق جاريته على بيعها بهذا اللفظ: إن لم أبع هذه الجارية اليوم فهي حرّة فباعها على أنه بالخيار، ثم فسخ البيع لم يحنث في يمينه، ولم تعتق الجارية لأن شرطها الحنث، وهو عدم البيع في اليوم لم يتحقق لأن البيع شرط الخيار لأن شرطها الحنث بيعٌ في «النوازل» أيضاً، وفيه أيضاً: إذا وكل الرجل رجلاً أن يبيع عبده فباعه، ثم إن الآمر خاصم المشتري وقدم إلى القاضي وطالبه بالثمن وسع المشتري أن يحلف بالله ما له عليه كذا ويريد به ليس عليه تسليم كذا، ويكون صادقاً فيه لأنه لا يجب على المشتري تسليم الثمن إلى الوكيل.

حلف الرجل أن لا يشتري لفلان ثوباً فأمره فلان أن يشتري لابنه الصغير ثوباً فاشتراه لا يحنث، وكذا لعبده فاشتراه لا يحنث.

إذا قال: إن اشتريت هذا العبد بإذني فهو حر، ثم أذن له في التجارة، فاشترى هذا العبد يحنث؛ لأن الإذن بالتجارة مطلقاً إذن شراء هذا العبد وغيره، ولو كان إذن له بشراء الطعام فاشترى هذا العبد لا يلزمه الحنث، لأنه ما أمره بشراء هذا العبد لا نصاً ولا حكماً لإطلاق اللفظ أكثر ما في الباب أن الأذن في نوع أذن في الأنواع كلها إلا أن ذلك أمر حكمي بخلاف فريضة اللفظ فلا يظهر في حقه وقوع الحنث.

نوع آخر
في الهبة والصدقة والإجارة والاستئجار والعارية والشركة والقبض والاستقراض والكفالة والوصية

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: حلف لا يهب لفلان شيئاً فوهبه شيئاً حنث في يمينِهِ استحساناً، وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله، وعلى هذا الصدقة والهبة والتخلي. ووجه ذلك وهو أن الهبه عبارة عن التملك بغير شيء لأنه لا تمليك فيه إلا من الواهب، وذلك في قولهِ وهبت لا يعلق به بالقبول، وإنما القبول لثبوت الملك والملك حكم الهبة، وشرط الحنث بغير الهبة لا حكمها، ولأن غرض الواهب من هذه اليمين منع النفس عن إظهار الجود وبنفس الإيجاب يحصل إظهار الجود فكان الحنث متعلقاً بالإيجاب من هذا الوجه. إذا ثبت هذا في الهبة ثبت في التخلي والصدقة، لأن كل ذلك في معنىٰ الهبة لأنه تمليك بغير شيء كالهبة ويبنى على هذا.

أما إذا قال: وهب لي فلان ألف درهم فسكت، ثم قال: لم أقبل الهبة صدق لأن الهبة إذا كانت هبة بدون القبول لا يكون الإقرار بالهبة إقراراً بالقبول فيصح منه دعوىٰ عدم القبول، والعارية بدون القبول عارية، فإذا حلف لا يعير فلاناً شيئاً فأعاره ولم يقبل منه حنث عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله.

وأما القرض فليس بقرض بدون القبول، في قول محمد رحمه الله، وإحدى

الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله لأنه تمليك بعوض يجب في الثاني، فصار نظير البيع. وفي رواية أخرىٰ عن أبي يوسف رحمه الله أن القبول فيه ليس بشرط، فإذا حلف لا يقرض فأقرض ولم يقبل المقرض لا يحنث عند محمد رحمه الله، واحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله، وفي رواية أخرىٰ عنه أنه يحنث.

والاستقراض بدون الإقراض استقراض، فإذا حلف لا يستقرض من فلان شيئاً فاستقرض ولم يقرضه فلان يحنث في يمينه. والإجارة بدون القبول ليس بإجارة في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إجارة.

والحاصل: أن كل عقد فيه بدل مالي، فالحلف عليه لا يوجب الحنث بدون القبول وما لا بدل فيه. . . . . .[1] فالحلف عليه يوجب الحنث بدون القبول، وما ليس فيه بدل ما لي فالحلف عليه يوجب الحنث بدون القبول في قول محمد رحمه الله، وإحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله، وفي رواية أخرىٰ [٣٧٦أ/ ١] عنه لا يوجب.

والرهن بدون القبول ليس برهن وإذا قال: اقرضني فلان ولم أقبل لا يصدق، وهذا إنما يتأتى على قول من يقول بأن القرض بدون القبول ليس بقرض. وإذا حلف لا يهب عنده من فلان فوهب رجلاً عند الحالف من ذلك الرجل بغير أمره، وأجاز الحالف ذلك حنث في يمينه، هكذا رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله.

ولو حلف لا يهب عبده لفلان، ثم وهب له على عوض حنث في يمينه، وفي نوادر بشر عن أبي يوسف رحمه الله إذا قال الرجل: إن وهب لي فلان هذا العبد فهو حر، فقال فلان: وهبته لك قال بثلاثة وقبضت لم يعتق.

رجل أكره أمرأته على مهرها فوهبهُ منها ثم ادعىٰ الزوج عليها الهبة هل يسعها أن تحلف بالله ما وهبت.

قال الصدر الشهيد رحمه الله: المختار ما قال الفقيه أبو الليث رحمهُ الله، أنه ينبغي لها أن تقول للقاضي: سله يدعي هبته بالطوع أو بالكره. فإن قال: ادعى هبته بالطوع كان لها أن تحلف بالله ما وهبته لأنها صادقة فيه.

رجل قال لآخر: والله لأهبنك هذا اليوم مائة درهم فوهبه، كان له على رجل وأمره بقبضها في يمينها، ولو مات الواهب ولم يقبض الموهوب له المائة لا يتمكن من أحدها لأنها صارت ملك الورثة.

في «مجموع النوازل»، وفي «نوادر» بشر عن أبي يوسف، إذا حلف يأخذ ما في الدار من فلان، وقد كان آخرها قبل الثمن في يده وجعل بيعاً آخر كل شهر قد سكنها لا يحنث. لأنها على الإجارة التي كانت قبل اليمين لأن بحكم الإجازة الأولىٰ لا يملك مطالبته بآخر شهر لم يسكنه فتكون هذه إجازة مسداة.

سئل شيخ الإسلام رحمه الله عن رجل له مستقلاً إن حلف بطلاق امرأته «كي من

---

(١) بياض بالأصل.

مستقلها دايعد نده ما حرترا» امرأته المستقلان وقبضت الأجرة وأنفقتها أو أعطت زوجها لا يحنث، لأن شرط الحنث عقد الإجارة، وهو لم يعقد الإجارة قبل. أليس إنه موضع المسألة في المستقلان والمستقل ما يكون معداً للاستقلال فتركه في أيديهم لما رأى لا يقع الحنث، قال: لأن اليمين عقدت على العقد ولم يوجد منه العقد، بأن كان الزوج قال للمستأجرين: يقعدوا في هذه المنازل فهذا الفصل لم يُنقل عن شيخ الإسلام.

وقيل: ينبغي أن تكون هذه إجارة ويحنث في يمينه، ولذلك إذا تقاضيا منهم أجرة شهر قد سكنوا فيها فهذا ليس بإجارة فلا يحنث في يمينه. رجل حلف لا يستعير من فلان شيئاً فأردفه على دابته لا يحنث، وإذا حلف لا يعير ثوبه من فلان فبعث المحلوف عليه وكيلاً المستعار فأعاره، اختلف زفر. . . .(١) رحمهما الله على قول أحدهما يحنث. قال الصدر الشهيد رحمه الله: وعليه الفتوى، لأن الوكيل في باب الاستعارة رسول وهذا إذا خرج الوكيل لكلامه تخرج الرسالة بأن قال: إن فلاناً يستعير منك كذا فأما إذا لم يقل ذلك لا يحنث. وإذا حلف لا يستدين ديناً وتزوج امرأة وإن أخّر دراهم في سلم يحنث.

وسئل شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله عمن وهب من آخر شيئاً في حالة السكر، وحلف أن لا يرجع في هذه الهبة ولا يأخذ منه، ثم إن كان الموهوب له وهب ذلك الشيء من آخر فأخذه الواهب الحالف منه، قال: لا يحنث في يمينه، وإنما كان كذلك لأن شرط الحنث الرجوع والأخذ بطريق الرجوع وبعدما وهب الموهوب له الموهوب لا يبقى للواهب حق الرجوع، فلا يكون هذا الأخذ بطريق الرجوع بل يكون بطريق التعصيب فلا يحنث في يمينه.

إذا حلف لا يستعير من فلان شيئاً ينصرف إلى كل موجود تصح إعارته، وذلك عين ينتفع به مع بقاء عينه فإن دخل دار المحلوف عليه ليبقى في سره فاستعار منه الرشاء والدلو. واختلف المشايخ رحمهم الله فيه: منهم من قال: يحنث، ومنهم من قال: لا يحنثُ، لأنه لم تثبت يده عليها، لأنهما في يد صاحب الدار فلا يكون مستعيراً، وهذا إشارة إلى أنّ الإعارة لا تتم إلا بالتسليم، وهذا هو الطريق فيما إذا أردفه على دابته فعلى قياس هذا التعليل إذا استعار منه الرشاء والدلو من بئر ليس في ملك المحلوف عليه يحنث. ذكره الصدر الشهيد رحمه الله في «شرح الكافي» في باب اليمين في الأكل: إذا حلف لا يشاركه فلان ثم إن الحالف شاركه بمال لابنه الصغير، قال: . . . .(١) هو الابن دون الأب لأنه لا ربح للأب في المال.

إذا حلف الرجل: والله لا يشاركه فلان فهذا على ما عليه كلام الناس من الشركة في التجارة، فإن اشتريا عبداً لم يحنث، ولو قال: والله لا يكون بيني وبينه شركة في شيء فاشتريا عبداً لم يحنث، ولو قال: والله لا يكون بيني وبينه شركة في شيء فاشتريا عبداً أو ما أشبهه حنث، وكذلك إذا قال: والله لا يشاركه فلان في شيء ثم اشتريا داراً أو عبداً بينهما حنث، وإن . . .(١) وقد حلف لا يشاركه في شيء لم يحنث، لأنه لم يشاركه إنما

---

(١) بياض بالأصل.

ألزمه هذا أحب أو كره هذه الجملة في أيمان «المنتقى».

إذا حلف لا يشاركه فلان في هذه البلدة فخرجا عن حدِّ البلدة وتشاركا ثم دخلا البلدة وعملا فإن أراد باليمين عقد الشركة لا يحنث، وإن أراد به العمل بشركته يحنث، وإذا وقع أحدهما صاحبه مالاً مضاربة فكذلك لأن المضاربة نوع من أنوع الشركة في الباب الأول من أيمان الواقعات.

وإذا حلف لا يعمل مع فلان شيئاً في القصارة أو غيرها فعمل مع شريكه يحنث، ولو عمل مع عبده المأذون لا يحنث، ولو حلف لا يشاركه أخاه ثم بدا له فالحيلة في ذلك إذا كان للحالف أب كبير أن يدفع الحالف ماله إلى أبيه مضاربة بنصيب [٣٧٦ب/ ١] قليل ويأذن له بعمل فيه بداية. ثم أن لا يشارك. . . .[١] عملاً كان الربح للابن على ما اشترطا لأن الحالف لم يشاركه أخاه فلا يحنث، ويحصل مقصود الحالف وهو الربح.

رجل حلف لا يوصي بوصية فوهب في. . . . .[١] المؤمن شيئاً لا يحنث؛ لأن ذلك ليس بوصية، لكن أعطى الشرع لها حكم الوصية فلا يظهر في حق حكم الميّت.

رجل قال: «أكرمن ابن جيرر ان كس دمم يعني تعاريت» فكذا أعطى بعض الناس ومنع البعض لا تطلق امرأته، لأنه ما أعطى هركسي.

رجل حلف أن يكفل أو نذر، وقال: إن كفلت بمال أو نفس فللَّه علي أن أتصدق بفلس وكفل لزمه الوفاء به؛ لأن هذا النذر معلق بالشرط فيصير مرسلاً عند الشرط وهذا هو الحيلة. من أراد أن لا يكفل إن تعلق النذر بشيء يسير بالكفالة. ويقول: إني. . . .[١]. لا أكفل رمز بالنذر ولا يلحقه كبير. صدر في «النوازل» المكفول له بالمال إذا حلف الكفيل به.

ابن لقطة «كي رن نواربون كي روى» فحلف ثم إن الكفيل أو الأصيل أدى الدين، بطل اليمين في «فتاوىٰ النسفي» رحمه الله.

وذكر في أيمان الأصل إذا حلف زيد أن لا يكفل عن عمرو وأحمد وعلى زيد دين فاحتال عمرو وبذاك خالداً على زيد وقبل زيد الحوالة، إن كان لخالد على عمرو، وهو المحلوف عليه دين حنث زيد لأنه لمّا قبل الحوالة عن عمرو وعلى عمرو دين صار كفيلاً عن عمرو وزيادة لأن في الحوالة ما في الكفالة وزيادة، لأن التزام مال عن: المحيل وهو عمرو. . . .[١]، وإن لم يكن لخالد على عمرو دين لم يحنث زيد لأنه ما كفل عن عمرو، والله أعلم.

نوع آخر
في اليمين على اليمين

قال محمد رحمه الله: وإذا حلف الرجل أن لا يحلف بيمين أبداً ثم قال لامرأته: إن قمت أو قعدت فكذا، إن أكلت أو شربت فكذا، وأضاف ذلك إلى نفسه. فقال: إن

---

(١) بياض بالأصل.

قمت أو قعدت فكذا حنث في يمينه، وعتق عبده.

وعلم أن مطلق اسم اليمين بغير الله تعالى يقع على جزاء مطلق، ويعني به أن يكون. . . . .[١] للمنع وعلى شرط مطلق ويعني به ما يصلح شرطاً في حق جميع الأشخاص في جميع الأفعال، وهذا لأن مطلق الاسم ينصرف إلى الثابت من كل وجه وما يصلح شرطاً في بعض الأشخاص، وفي بعض الأوقات فهو شرط من وجه دون وجه، فلا يتناول مطلق اسم اليمين، ويشترط مع ذلك أن لا يكون الشرط سبباً لزوال الجزاء من غير تعليق الجزاء به لأن التعليق بالشرط يمنع بزوال الجزاء قبل الشرط فما يكون سبباً لزوال الجزاء بدون التعليق، كيف يصلح مانعاً بزواله قبل وجوده؟ ويشترط مع ذلك كلّه أن لا يكون الشرط مع الحدّ لمجموعها بغير الجملة لو أرسلها لا يكون يميناً، لأن ذكر التفسير كذلك المفسّر. فإذا كان المفسر لا يكون يميناً، فكذا إذا ذكر التفسير جئنا إلى تخريج المسألة.

فنقول: قوله لامرأته أنت طالق إن قمت أو قعدت وأشباه ذلك يمين، لأنه شرط في جزاء مطلق، أما الجزاء فلأنه يصلح مانعاً، وأما الشرط فلأن شرط من يشرط في حق جميع الأشخاص، فإنه إن أضاف القعود إلى المرأة أو إلى الأخير أو إلى نفسه كان شرطاً، أو يصلح شرطاً في الأوقات كلها في المجلس وبعد قيامه عن المجلس إذا كانت اليمين مطلقة عن الوقت، ولا يصلح سبباً للوقوع بغير تعليق، وكان شرطاً مطلقاً فالجزاء مع الشرط بمجموعها ليس بتفسير الجملة لو أرسلها لا يكون يميناً فقد وجد الحلف فيحنث في يمينه.

ولو قال لها: أنت طالق إن شئت أو هويت أو أحببت أو رضيت أو أردت؛ أضاف هذه الأشياء إلى المرأة أو إلى نفسه فهو سواء ولا يكون يميناً ولا يحنث في يمينه الأولى، لأن هذه الأشياء ليست بشرط مطلق لأنه ليست بشرط في حق جميع الأشخاص.

أما المشيئة فلأن المشيئة في حق المرأة تفويض وتخيير، ولهذا تقتصر على المجلس وكذلك لا يصلح شرطاً في الأوقات كلها، فإن المشيئة إذا أضيفت إلى المرأة وشاءت بعد القيام عن المجلس لا يكون ذلك شرطاً حتى لا يقع الطلاق، ويصلح سبباً لوقوع الطلاق أيضاً، فإن الزوج لو قال لها: شئت طلاقك يقع الطلاق نصّ عليه في «الأصل» وصح أن المشيئة ليست بشرط مطلق فهو تفسير جملة، أو أرسلها لا يكون يميناً، فإن قوله: إن شئت تفسير لقوله اختاري؛ وقوله اختاري ليس بيمين، فقد باشره رسول الله ﷺ مباشرة المكروه، ولو كان يمنياً ما باشره، فالحلف بالطلاق مكروه ولا يظن برسول الله ﷺ مباشرة المكروه، وإذا عرفت الكلام في شئت، فكذلك في قوله: إن هويت وأشباهه لأنها بمعنى المشيئة فإنها صفة من صفات القلب كالمشيئة.

---

(١) بياض بالأصل.

ولو قال لها: أنت طالق غداً فهذا ليس بيمين لأنه لم يذكر الشرط والجزاء. ولو قال: إذا جاء غد فأنت طالق فهذا يمين، لأنه ذكر الشرط والجزاء فإن قيل مجيء الغد كيف يكون شرطاً وإنه متيقن، والشرط ما في وجوده خطر، قلنا: مجيء الغد وإن كان منتظما فكونه شرطاً ليس بمتيقن، فإنهما إذا ماتا قبل مجيء الغد لا يكون مجيء الغد شرطاً، لأن الشرط شرط لكونه علماً على نزول الجزاء أو إنه لا يتصور بدون نزول الجزاء.

ولو قال لها: أنت طالق للسنة فهذا ليس بيمين. وكذلك إذا قال لها: إن حضت حيضة، أو قال لها: إذا حضت وطهرت فهذا ليس بيمين بل هو تفسير الطلاق السني ولو قال: إذا حضت فأنت طالق فهذا يمين حتى يحنث في يمينه الأولىٰ لأنه ذكر الشرط والجزاء إلا عدلنا عن لفظة الصيغة في الفعلين الأولين؛ لأن معناها [٣٧٧أ/ ١] إيقاع الطلاق على السنّة، وهذا المعنىٰ لا يمكن تحقيقه ههنا، فإن الطلاق في حال الحيض يقع لا على وجه السنة. ولو قال لها: أنت طالق إذا حضت حيضتين فهذا ليس بيمين؛ لأنه لا يمكن أن يجعل هذا تفسير الطلاق السنّي، لأن ما بعد الحيضتين وقت وقوع الطلاق السنّي.

ولو قال لها: إذا حضت ثلاث حيضات فأنت طالق لم يذكر هذا الفصل في . . .[1]. من الكتب.

قال مشايخنا رحمهم الله: ينبغي أن لا يكون يميناً، لأن بعد الحيضة الثالثة وقت وقوع الطلاق السني، فأمكن أن يجعل هذا تفسيراً لقوله: أنت طالق للسنة.

ولو قال لها: إذا حضت أربع حيض لم يذكر هذا الفصل في الكتب أيضاً، وحكى الجصاص[2] عن الكرخي رحمه الله أنه يمين ويحنث في يمينه الأولىٰ لأن ما بعد الحيضة الرابعة ليس وقت وقوع الطلاق السنّي، فلا يمكن أن يجعل تفسيراً للطلاق السنّي، فتعتبر الصيغة والصيغة صيغة يمين، وغيره من المشايخ رحمهم الله قالوا: هذا ليس بيمين ولا يحنث في يمينه الأولى لأن ما بعد أربع حيض وقت وقوع الطلاق السنّي في الجملة، فإن من قال لامرأته: أنت طالق للسنة هي طاهرة من غير جماع يقع عليها واحدة للحال، ولو راجعها ثم حاضت بعد ذلك أربع حيض أو عشر حيض ثم قال لها: أنت طالق للسنّة يقع تطليقة أخرى للسنة فما بعد الحيضة الرابعة والعاشرة يحل وقوع الطلاق السنّي، فأمكن أن يجعل تفسيراً للطلاق السنّي، فلا يكون يميناً.

ولو قال لها وطلاق سنتها بالشهور بأن كانت آيسة أو صغيرة: أنت طالق إذا أهلّ الهلال، أو قال لها: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق، فهذا ليس بيمين، وهو تفسير

---

(١) بياض بالأصل.

(٢) الجصاص: هو أبو بكر أحمد بن علي الرازي الإسفراييني، الحافظ الحنفي، المعروف بالجصاص، ولد سنة ٣٠٥هـ، وتوفي سنة ٣٧٠هـ، من مصنفاته: «أحكام القرآن»، «كتاب في أصول الفقه» (انظر: كشف الظنون ١/ ٢٠، الأعلام ١/ ١٧١، الجواهر المضية ١/ ٢٢٠، سير أعلام النبلاء ١٧/ ٥٢٢).

الطلاق السني في حقها. ولو كانت من ذوات الحيض، فقال لها: أنت طالق رأس الشهر فهذا ليس بيمين، ولو قال لها: أنت طالق إذا جاء رأس الشهر فهو يمين.

والكلام فيه نظير الكلام في قوله: أنت طالق غداً أنت طالق إذا جاء الغد. وروي عن أبي يوسف. إذا قال لها: أنت طالق في نفير الحاج أو. . . .[١] الناس كان يميناً. ولو قال: في الأضحىٰ لا يكون يميناً لأن في الصورة الأولىٰ دخل حرف الظرف على الفعل فصار بمعنى الشرط إذ الفعل يصلح شرطاً، في الصورة الثانية دخل حرف على الوقت، والوقت لا يصلح شرطاً فكان إضافة لا تعليقاً.

و«في المنتقى»: عن محمد رحمه الله برواية ابن سماعة: إذا قال: يوم طريق فأنت طالق فهذا يمين، وتعليق القيد. وفيه أيضاً: إذا حلف أن لا يطلق امرأته، ثم أراد أن يفارقها فالحيلة أن يتزوج رضيعة فترضعها المحلوف بطلاقها فتبين منه، ولا يحنث في يمين الزوج، لأنه لم يطلقها.

وفيه أيضاً: إذا قال: إن حلفت بالعتق فكذا، ثم قال لأمته: إن مت فأنت حرة، فهذا تدبير وليس بحلف فلا يحنث في يمينه، ولو قال: كل مملوك أملكه فهو حر فقد حلف بالعتق. قال أبو الفضل رحمه الله: يحتمل أن يكون تأويله على ملك في مستقبل، هذا الماضي قبل هذا، لأن قوله: أملكه للحال، وإيجاب العتق في الملك القائم لا يكون تعليقاً ويميناً بما ذكره من التأويل فهو صحيح.

وفي «الجامع: إذا قال لها: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق وكرر ثلاثاً وقعت تطليقتان، إن كانت مدخولاً بها. وإن أعاد القول مرة أخرى وقعت الثالثة وقد ذكرنا جنس هذه المسائل في كتاب الطلاق، والله أعلم.

نوع آخر
في الطلاق والعتاق

من حق هذا النوع أن يقدم على فصل العقود؛ لأنه من جملة الأقوال لا من جملة العقود.

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: إن تزوج الرجل امرأة لا تحل له، ثم قال: إن طلقتك فعبدي حر، فهذا على التكلم بالطلاق، ولو قال لامرأت لا تحل له: إن طلقتك فعبدي حر، فقال لها في الحال: أنت طالق لا يعتق عبده عند أبي حنيفة رحمه الله. وإنما يعتق إذا تزوجها ثم طلقها، لأن عند أبي حنيفة رحمه الله النكاح ينعقد على المحارم على سبيل الشبهة، فيتصور في هذا المحل طلاق يقطع النكاح على سبيل الشبهة، ولا ضرورة إلى صرفه إلى التكلم بالطلاق.

ولو قال لامرأة تحل له: إذا طلقتك فعبدي حر لا يحنث في يمينه ما لم يتزوجها

---

(١) بياض بالأصل.

نكاحاً صحيحاً ثم يطلقها؛ لأن عنده حقيقة الطلاق ههنا متصور لغة وشرعاً بأن تزوجها نكاحاً صحيحاً ثم طلقها فانصرف يمينه إليه عملاً بالحقيقة، وصار تقدير يمينه: إن تزوجتك وطلقتك فعبدي حر.

قال محمد رحمه الله في «الزيادات»: إذا حلف الرجل أن لا يطلق امرأته ولا يعتق عبده، فوكل رجلاً بالطلاق أو العتاق فطلق الوكيل أو أعتق يحنث في يمينه، وكذلك لو وكل رجلاً أن يعتق عبده أو يطلق امرأته، ثم حلف أن لا يطلق ولا يعتق ثم طلق الوكيل أو أعتق حنث في يمينه، لأن عبارة الوكيل في هذه العقود منقولة إلى الموكل. لكونه سفيراً فكأن الموكل أعتق بنفسه أو طلق بنفسه فتحقق شرط الحنث، فلهذا حنث في يمينه.

ولو قال: عبده حر إن دخلت هذه الدار، أو قال: امرأتهُ طالق إن دخل هذه الدار، ثم حلف أن لا يطلق ولا يعتق، ثم دخل عبده أو امرأتهُ الدار حتى وقع الطلاق والعتاق حنث في يمينه قياساً، وفي الاستحسان لا يحنث لأن شرط الحنث تطليق وإعتاق بعد اليمين لما عرف أن الأيمان تقتضي شروطاً في المستقبل، والتطليق والإعتاق ههنا وجدا قبل اليمين لوجود كلمة الإيجاب قبل اليمين، وهذا لأن الإعتاق ليس إلا التلفظ بلفظ يقع به العتق، والتطليق ليس إلا التلفظ بلفظ يقع به الطلاق وهو قوله: أنت حر، وقوله: أنت طالق، وقد وجد هذا اللفظ من الحالف قبل اليمين، فلا يصح شرطاً للحنث. ولو وجد الإعتاق والتطليق بعد اليمين، ولكن بكلام أنشأه قبل اليمين وشرط الحنث تطليق وإعتاق نفذ اليمين بكلام أنشأه بعد اليمين لتمكنه الامتناع عنه، فلهذا لم يحنث في يمينه.

ولو حلف ألا يطلق امرأته ولا يعتق عبده. ثم قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر أو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم دخل العبد أو المرأة الدار حتى وقع العتق أو الطلاق يحنث في يمينه [٣٧٧ب/ ١]، لوجود الإعتاق والتطليق بعد اليمين لوجود كلمة الإيجاب بعد اليمين على العبارة الأولىٰ، ولوجود التطليق والإعتاق بعد اليمين بكلام أنشأه بعد اليمين على العبارة الثانية.

ولو قال لامرأتهِ: طلقي نفسك، أو قال لعبده: أعتق نفسك، ثم حلف ألا يطلق ولا يعتق ثم إنها طلقت نفسها في المجلس أو أعتق العبد في المجلس نفسه حنث الحالف في يمينه. وروي عن محمد رحمه الله أنه لا يحنث، والصحيح ظاهر الرواية؛ لأن شرط الحنث التطليق والإعتاق بعد اليمين وقد وجد لوجود كلمة الإيجاب من الزوج والمولي بعد اليمين.

بيانه: أن وقوع الطلاق والعتاق ههنا ليس بقوله: طلقي نفسك، أعتق نفسك، لأن ذلك تفويض وبمجرد التفويض لا يثبت الوقوع، وإنما الوقوع بطريق أن المفوض يصير متكلماً بكلام المفوض إليه إذا تكلم المفوض إليه وجد بعد اليمين، فصار الحالف متكلماً بذلك الكلام بعد اليمين، فصار معتقاً ومطلقاً بعد اليمين فحنث. بخلاف المسألة المتقدمة لأن وقوع الطلاق والعتاق هناك بغير الكلام السابق الذي أنشأه قبل اليمين، وهذا لا يصلح داخلاً تحت اليمين.

وفي «المنتقى» أن محمداً رحمه الله كان يقول أولاً في هذه المسألة: إنه لا يحنث، ثم رجع فقال: يحنث. وكذلك لو قال لامرأتهِ: أمرك بيدك في الطلاق، أو قال لعبده: أمرك بيدك في العتاق ثم حلف أن لا يطلق ولا يعتق، فطلقت المرأة نفسها أو أعتق العبد نفسه حنث في يمينه، لوجود التطليق والإعتاق بعد اليمين، لوجود كلمة الإيجاب بعد اليمين.

ولو قال لامرأتهِ: أنت طالق إن شئت، أو قال لعبده: أنت حر إن شئت، ثم حلف أن لا يطلق ولا يعتق، ثم شاءا فعل إليها حتى الطلاق والعتاق وحنث؛ لأن كلمة الإيقاع وجدت قبل اليمين إلا أن الوقوع تعلق بالمشيئة، فعند المشيئة يثبت الوقوع بالإيقاع السابق، ولهذا يثبت الوقوع بالإيقاع السابق، ولهذا يثبت عند المشيئة من غير أن يلتفظا بلفظة الإيقاع.

إذا حلف الرجل لا يعتق في هذه السنة، فأدى مكاتب إليه مكاتبة وعتق، فإن كانت المكاتبة قبل اليمين لا يحنث، وإن كانت الكتابة بعد اليمين حنث.

رجل قال لامرأتهِ: إن طلقتك فكذا فآلى منها فمضت مدة الإيلاء من غير. . . .(١) حتىٰ وقع عليها تطليقة بحكم الإيلاء حنث الزوج في يمينهِ، ولو حلف وهو عنين وفرق القاضي بينهما بحكم العنة لا يحنث في يمينه، والعرف أن في فصل الايلاء الزوج صار مطلقاً بعد اليمين؛ لأن تقدير الإيلاء : ان لم أقربك أربعة أشهر فأنت طالق، وفي العنين لم يصر مطلقاً وقوع الطلاق ما كان بفعل الزوج بل القاضي ألزمه حكم الطلاق وجعله مطلقاً حكماً، هكذا ذكر في «النوازل».

وفي «المنتقىٰ»: إذا آلى منها وبانت بالإيلاء لو كان عنيناً فخاصمته إلى القاضي، وفرق بينهما وكل شيء من ذلك يكون طلاقاً، فإنه يحنث به الزوج الحالف، فهذا إلى . . .(١) فصل العنة يقع الحنث أيضاً. فإن الفرقة في فصل العنين طلاق وقد عرفت المسألة في كتاب الطلاق في فصل المتفرقات.

رجل قال لامرأتهِ: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، ثم قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله لا يحنث في يمينه، لأن الاستثناء أبطل الجزاء فأبطل اليمين، ألا ترىٰ أنه لو قال: إن أقررت لفلان بعشرة دراهم فامرأته طالق، ثم قال: لفلان عليَّ عشرة دراهم إلا درهم لا يحنث، وطريقه ما قلنا.

حلف أن لا يطلق امرأته فطلقها عنه رجل لغير أمره وعلمه فبلغهُ الخبر فأجاز فقد قيل: يحنث على كل حال، وقد قيل: لا يحنث على كل حال، وقيل: إن أجاز القول يحنث وإن أجاز الفعل بأن أخذ بدل الخلع لا يحنث، وهذا ومسألة النكاح سواء.

وفي عتاق «النوازل» إذا قال لامرأته: إن تكلمت بطلاقك فعبدي حر، ثم قال لها: إن شئت فأنت طالق، فقالت لا أشاء ثمة لا تعتق، لأنه لم تتكلم بالإيقاع. إذا قال لها:

---

(١) بياض بالأصل.

إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، ثم قال لها: أنت طالق إن شاء الله، فعلى قول أبي يوسف تطلق، لأنه لا توقف على مشيئة الله تعالى.

الفصل الثاني عشر
في الحلف على الأفعال

هذا الفصل يشتمل على أنواع منه أيضاً في الصلاة والصوم والحج:

إذا حلف لا يصلي فصلى صلاة فاسدة بأن صلى بغير طهارة مثلاً لا يحنث في يمينه استحساناً، لأن مطلق الاسم ينصرف إلى الكامل، والكامل من التصرفات والأفعال ما يفيد حكمها. وحكم الصلاة سقوط الفرض وحصول الثواب، وكل ذلك لا يحصل بالصلاة الفاسدة، ولو نوى الفاسد صدق ديانة وقضاء؛ لأن الصلاة الفاسدة صلاة صورة لا معنى. وإطلاق الشيء على صورته جائز مجازاً، فقد نوى ما يحتملهُ لفظهُ وفيه تغليظ عليه؛ لأن مع هذه النية يحنث بالجائز والفاسد جميعاً. في هذه الصورة الجمع بين الحقيقة والمجاز، وإنما طريقه أنه وجد في الصحيح ما في الفاسد وزيادة، والزيادة على شرط الحنث لا يمنع الحنث.

ولو كان عقد يمينه على الماضي بأن قال: إن كنت صليت فهذا على الجائز والفاسد جميعاً، وإن نوى الجائز في الماضي خاصة صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء.

ولو قال: عبده حر إن صلى اليوم صلاة، فصلى ركعة قطعها [٣٧٨ب/ ١] لا يحنث في يمينه، لأن المنفي باليمين فعل الصلاة وأن يكون المفعول صلاة فمطلق الاسم ينصرف إلى الكامل، والركعة الواحدة ليست بصلاة كاملة، لأنها لا تفيد حكم الصلاة لأنها بترة فإن «النبي ﷺ نهى عن البتيراء والبتيراء ركعة واحدة»[١].

ولو قال: عبده حر إن صلى اليوم، ولم يقل: صلاة فصلى ركعة واحدة حنث في يمينه؛ لأن المنفي باليمين ههنا فعل الصلاة وكون المفعول صلاة، وإذا صلى ركعة واحدة فقد فَعَلَ فِعْلَ الصلاة فوجد شرط الحنث فيحنث، إلا أنه إذا قطعها بعد ذلك فقد انتقض فعل الصلاة ولكن بعد صحته، والانتقاض إنما يظهر في حق حكم يفيد الانتقاض، والحنث بعد تحققه لا يفيد الانتقاض.

فإن قيل: شرط الحنث فعل الصلاة وبالركعة الواحدة لا يصير فاعلاً فعل الصلاة؛ لأن الصلاة اسم لأفعال مجموعة من جملة ذلك القعدة، ولا قعدة في الركعة الأولىٰ. قلنا: لا بدّ فيه من قعدة فإن بعد ما رفع رأسه من السجدة الأخيرة يقعد لا محالة إلا أن هذه القعدة لا تجزىء عن فعل الصلاة، لكن المنفي باليمين الإتيان بفعل الصلاة لا الإتيان بفعل يجزىء عن فعل الصلاة.

---

(١) رواه ابن الأثير الجزري في النهاية في غريب الحديث ١/ ٩٣.

فإن قيل: هذا المعنى ليس بصحيح فإن بنفس السجود يقع الحنث وإن لم يرفع رأسه، قلنا: لا رواية في هذا الفصل عن أصحابنا رحمهم الله، وقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه بعضهم قالوا: لا بدّ للحنث من رفع الرأس من السجود ليصير إتياناً بالقعود، فيصير إتياناً بجميع أفعال الصلاة. وقال بعضهم: لا يشترط رفع الرأس؛ لأن الساجد ساجد وقاعد والسجود سجدة وقعدة، ولكن بصفة أخرى. فقد اتفق المشايخ على اشتراط القعدة، وإن اختلفوا في كيفيته.

ولو كان حلف أن لا يصلي ولم يقل صلاة فإنما يحنث إذا قيّد الركعة، حتى أنه إذا افتتح الصلاة وركع ولم يسجد لا يحنثُ في يمينه؛ لأن ما دون. . . .[1] ولهذا لا يقال: صلى قياماً صلى ركوعاً صلى سجوداً هذه الجملة من «الجامع».

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف رحمه الله إذا قال الرجل لعبده: إن صليت ركعة فأنت حر فصلى ركعة بسجود ثم تكلم قال: لا يعتق، لأنها ليست بصلاة، وإن صلى ركعتين وقعد مقدار التشهد عتق بتمام الركعة، وهكذا ذكر القدوري في «شرحه». فأبو يوسف لم يجعل الركعة بانفرادها صلاة، وتبين برواية ابن سماعة أن المذكور في «الجامع» قول محمد رحمه الله.

وفي «المنتقى»: إذا حلف لا يصلي خلف فلان فأم فلان وقام الحالف عن يمينه فهو حانث إن لم يكن له نية، وإن نوى أن يكون خلفه لم يدين في القضاء. وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف: رجل قال: والله لا أصلي معك فصليا خلف إمام لم يحنث إلا أن يكون نوىٰ أن يصلي معه ليس معهما غيره، وإذا حلف لا يصلي صلاة فصلى ركعتين ولم يقعد قدر التشهد فقد قيل: يحنث في يمينِهِ، وقد قيل: لا يحنث، لأن المنفي فعل الصلاة وكون المفعول صلاة ومطلق الاسم ينصرف إلى الكامل، والركعتان بدون القعدة ليست بصلاة كاملة على ما ذكرنا في الركعة الواحدة. وقيل: إن عقد يمينه على فعل لا يحنث في يمينِهِ، وإن عقد يمينه على الفرض وهي من ذوات المثنىٰ فكذلك، وإن عقد يمينه على الفرض وهي من ذوات الأربع يحنث في يمينه، وهو الأظهر والأشهر.

ولو حلف لا يصلي فقام وركع وسجد ولم يقرأ فقد قيل: لا يحنث، وقد قيل يحنث. وهكذا ذكر في «المنتقى».

ولو حلف لا يصلي الظهر لم يحنث حتى يتشهد بعد الأربع، وكذلك إذا حلف لا يصلي الفجر لم يحنث حتى يتشهد بعد الركعتين، وكذلك إذا حلف لا يصلي المغرب لم يحنث إلا بتشهد بعد الثلث. وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله في رجل قال: والله ما صليت اليوم صلاة يعني بجماعة، وإن الصلاة بغير جماعة ليست بصلاة كانت بنية على هذا، قال: يسعه فيما بينهم وبين الله تعالى، وكذلك إذا قال: ما صليت اليوم ظهراً يعني ظهر أمس، أو أول من أمس فإنه يسعهُ فيما بينه وبين الله تعالىٰ، ولو قال: والله ما

---

(١) بياض بالأصل.

صليت الظهر يعني في جماعة لم تسعهُ النية عندي في هذا، ولو على الظهر في السفر، ثم قال: والله ما صليت ظهراً يعني ظهر مقيم، فان النية تسعه في هذا فيما بينهُ وبين الله تعالى.

وروى المعلى عن محمد رحمه الله إذا قال: ما صليت الظهر يعني وحده، وقد صلاها في جماعة لم يدين. وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف إذا قال الرجل لغيره: إن لم أصل الظهر معك اليوم فامرأتي طالق، فأدرك منهما ثلاث ركعات وسبقه بركعة لزمه الطلاق، ولو كان قال: إن صليت الظهر اليوم إلا معك لم يحنث، وإنما يحنث إذا صلى كلها وحده.

ولو حلف لا يصلي الظهر خلف فلان أو معه، فأدرك معه أول الصلاة فأحدث وذهب وتوضأ ورجع وقد فرغ الإمام فصلاها بعده لا يحنث. ولو كان حلف أن لا يصلي الظهر صلاة فلان حنث، ولو حلف لا يصلي معه أو خلفه وكبر معه ثم نعس في الركعة الأولىٰ حتى فرغ الإمام منها ثم أتبعهُ فيها وصلى ما بقي معه حنث في يمينه.

ولو حلف لا يصلي معه الجمعة ثم إن الإمام أحدث وقدم الحالف وصلى بهم الجمعة لا يحنث، ولو كان حلف لا يصلي بصلاته وباقي المسألة بحالها حنث في يمينه، لأنه صلىٰ بصلاته أما لم يصلي معه. وعن أبي يوسف رواية مجهولة إذا حلف الرجل لا يؤم أحداً فافتتح الصلاة بنفسه لا يريد أن يؤم واحداً [٣٧٨ب/ ١]، فجاء قوم واقتدوا به ولم ينو أن يؤمهم حنث قضاءً ولا يحنث ديانة، لأنه أمهم ظاهراً إلا أنه لم يقصد، [و] ذلك أمر بينهُ وبين ربه، فيلزمه الحنث قضاء لا ديانة. فإن كان هذا الذي حلف أشهد قبل الدخول أنه لا يؤم أحداً، فجاؤوا وائتموا لا يحنث قضاءً وديانة. لأن على صدق نيته علامة يقف القاضي عليها وهي الإشهاد.

ولو كان هذا الحالف شرع في صلاة غيره فأحدث الإمام بعد ما صلى الرابعة وتشهد وقدّم الحالفَ وانصرف فسلم بهم الحالف فهو إمام لهم فيما بقي عليهم. ولو كان صلى هذا الحالف بالناس الجمعة فنوى أن يصلي لنفسه الجمعة ولا يؤم، لم يحنث فيما بينه وبين الله تعالى، ويحنث في القضاء. قال: وكان ينبغي أن تكون الجمعة فاسدة، ولكني أستحسن مؤداها تامة له ولهم، ولو أمهم في صلاة جنازة أو سجدة تلاوة لا يحنث في يمينه إنما يمينه على الصلاة المعهودة المكتوبة والنافلة، إذا حلف الرجل لا يصلي بهم لم يحنث حتى يركع ويسجد. قال أبو يوسف: هكذا قال أبو حنيفة.

قال أبو يوسف رحمهُ الله: وأما الذي حلف أن لا يصلي فلا أحفظ عنه فيه. وإذا قال: عبده حر إن صليت الجمعة مع الإمام وقد كان أدرك الإمام في الركعة الثانية وصلاها مع الإمام، فلما فرغ الإمام قام وقضىٰ الركعة الأولى لم يحنث في يمينه؛ لأنه ما صلى الجمعة مع الإمام لأن المسبوق فيما يقضي منفرد، ولو كان أدرك الإمام في الركعة الأولىٰ وصلى معه حنث في يمينه.

ولو افتتح الصلاة مع الإمام ثم قام حتى سلم الإمام، ثم قام فصلى حنث في يمينه؛ لأنه صلى معهُ لأنه خلف الإمام حكماً وكلمة معه وإن كان للمقارنة ولم تقع أفعال صلاته

مقارنة لأفعال صلاة الإمام إلا أن العمل بحقيقة القرآن وأفعال الصلاة بحيث لا يتقدم ولا يتأخر متعذر فسقط اعتبار حقيقة القران وحمل على الاقتداء والمتابعة عرفاً. وقد وجدها هنا فإن من سبقه الحدث مقتد بالإمام متابعة له على ما عرف قال إلا أن يعني شيئاً فهو على ما عنى يريد به إذا نوى المتابعة والاقتداء به على سبيل المقارنة لا غير، أو نوى المتابعة والاقتداء على سبيل المقارنة لا غير فإنه بدون النية ينصرف إلى الاقتداء والمتابعة المطلقة سواء كان على سبيل المقارنة، أو لا على سبيل المقارنة، فإذا نوىٰ أحدهما على الخصوص يدين فيها بينهُ وبين الله تعالى. وهل يدين قضاء؟ لم يذكر هذا الفصل في «الكتاب»، ولا شك أنه لا يصدق فيما إذا نوى المتابعة لا على سبيل المقارنة، فإذا نوىٰ المتابعة على سبيل المقارنة فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه بعضهم قالوا: يصدق وإن كان فيه تخفيفاً لأنه نوىٰ حقيقة كلامه، وبعضهم قالوا: لا يصدق لأن هذه الحقيقة مهجورة في مسألتنا، ألا ترىٰ أن هذه الحقيقة لم تتعين لصرف اليمين إليها من غير نية، فكانت بمنزلة المجاز وفيه تخفيف فلا يصدق.

ولو قال: عبده حر إن أدرك الظهر مع الإمام اليوم فأدركهُ في التشهد ودخل معهُ حنث، لأن إدراك الشيء بإدراك آخره وبلحوق الجزء الآخر منهُ فقال: فلان أدرك من رسول الله ﷺ، ويراد به لحوقه آخر وقد لحق بآخره.

رجل حلف ليصلين هذا اليوم خمس صلوات بالجماعة، ويجامع امرأته فلا يغتسل ينبغي أن يصلي الفجر والظهر والعصر بالجماعة ثم يجامع امرأتهُ ثم يغتسل لما غربت الشمس ويصلي المغرب والعشاء بالجماعة ولا يحنث.

وإذا حلف الرجل فقال: والله ما أخرج صلاة عن وقتها، وقد كان نام عن صلاة حتى خرج وقتها وصلاها فقد قيل يحنث، وقيل: لا يحنث لأن ذلك وقتها «قال رسول الله ﷺ من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها فإن ذلك وقتها»(١). وإن حلف لا يصلي بأهل هذا المبنىٰ ما دام فلان يصلي فيه فمرض فلان ثلاثة أيام ولم يصلِّ فيه إن كان فلان صحيحاً فلم يصل فيه فصلىٰ الحالف بعد ذلك فيه لا يحنث.

حلف لا يصلي في هذا المسجد فزيد فيه فصلىٰ في موضع الزيادة لا يحنث، ولو حلف لا يدخل مسجد بني فلان فزيد فيه فصلى في موضع الزيادة حنث هكذا قيل. وقيس هذه المسألة على ما إذا حلف لا يدخل هذا المسجد فريد فيه فدخل في موضع الزيادة لا يحنث. ولو حلف لا يدخل مسجد بني فلان فريد فيه فدخل في موضع الزيادة حنث ومسألة الدخول في «القدوري».

رجل قال لامرأته: إن لم تصل الساعة ركعتين فأنت وطالق، فقامت وكبرت فحاضت أو قال لها: أن لم تصومي غداً، فأنت طالق، فصامت من الغد فحاضت حنث

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٢/ ٦٤، وابن عبد البر في الاستذكار ١/ ٩٢، ١١٥، والألباني في إرواء الغليل ١/ ٢٩١، ٢٩٤.

في يمينهِ، قيل: هذا الجواب مستقيم وعلى قول أبي يوسف رحمه الله غير مستقيم، على قولهما كما في مسألة الكوز، وقيل: لا . . . .[(١)] هذا الجواب مستقيم على قول الكل لأن شرع الصوم مع الحيض متصور، فصار كمسألة مس السماء.

رجل قال لامرأتهِ: إن لم تصبحي غداً ولم تصلي فأنت طالق، فأصبحت وشرعت في الصلاة فطلعت الشمس أفتى شمس الأئمة الحلواني رحمه الله بعدم الوقوع، وأفتى ركن الإسلام السغدي رحمه الله بالوقوع، وقول ركن الإسلام أظهر، لأن هذا طلاق معلق بعدم الفصل في مجلس، فينظر فيه إلى شرط البر وشرط البر أن تصلب وتصلي وقد أصبحت ولم تصل ففات شرط البر فيتعين الحنث، وقد ذكرنا هذا الفصل بتمامه في كتاب الطلاق.

وإذا حلف لا يصوم اليوم، يعني: اليوم . . . .[(١)] فأصبح صائماً ثم أفطر لا يحنث في يمينه، لأن الصوم فعل ممتد وقد أضيف إلى وقت الفعل الممتد إذا أضيف إلى وقت كان الوقت معياراً له، وإنما اليوم معيار للصوم إذا وجد الصوم في جميع اليوم أما إذا وجد الصوم في بعض اليوم كان المعيار بعض اليوم، فصار شرط الحنث الصوم الموجود في جميع اليوم ولم يوجد الصوم في جميع اليوم. وكذلك إذا حلف أن لا يصوم يوماً فأصبح صائماً ثم أفطر لا يحنث في يمينه، لأن شرط الحنث صومه ولم يوجد صومه، ولو حلف لا يصوم يوماً فأصبح صائماً ثم أفطر لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في كتبهِ، وذكر الكرخي رحمه الله في «كتابهِ»: أنه لا يحنث [٣٧٩أ/ ١] في يمينه لأنه ذكر الصوم مطلقاً فينصرف إلى الكامل وهو الصوم المفيد لحكمه وهو الصوم في أول اليوم إلى آخره.

وحُكي عن القاضي أبي الهاشم رحمه الله: أنه إذا نوى المصدر يحنث في يمينه، وإن لم ينو المصدر [يحنث أيضاً] لأن صوم ساعة مما يتقرب به إلى الله تعالى في الجملة، ألا ترى أن العلماء قالوا: لا يستحب للرجل أن يصوم يوم العيد حتى يصلي صلاة العيد، فكان صوماً كاملاً فينطلق عليه مطلق اسم الصوم.

ولو حلف لا يصوم فأصبح صائماً ثم أفطر يحنث في يمينه، لأن شرط الحنث ههنا فعل الصوم، فبهذا القدر يصير فاعلاً فعل الصوم؛ لأن الصوم في اللغة عبارة عن الإمساك المجرّد، وفي الشرع عبارة عن الإمساك مع النية. وكما شرع في الصوم بنيّة الصوم فقد وجد ذلك، وما زاد عليه تكرار للمحلوف عليه، وتكرار المحلوف عليه ليس بشرط لوقوع الحنث، وإذا حلف لا يحج فحمد على الصحيح دون الفاسد، وإذا حلف لا يحج ولا يحج حجه فأحرم بالحج لم يحنث حتى يقف عرفة، رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله، وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يحنث حتى يطوف أكثر طواف الزيارة. ولو حلف لا يعتمر أو لا يعتمر عمرة لم يحنث حتى يُحْرِم بالعمرة ويطوف أربعة أشواط رواه بشر عن أبي يوسف رحمه الله، والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

---

(١) بياض بالأصل.

نوع
منه في الوضوء والغسل

إذا حلف لا يتوضأ من الرعاف فرعف ثم بال ثم توضأ أو بال ثم رعف وتوضأ. فالوضوء منهما جميعاً ويحنث في يمينه، هكذا ذكر في «المنتقى».

وفيه أيضاً: إذا حلف الرجل لا يغتسل من امرأته هذه من جنابة فأصابها ثم أصاب امرأة أخرى له أوأصاب امرأة أخرى له ثم أصاب المحلوف عليها واغتسل، فهذا اغتسال منها يحنث في يمينه، وكذلك المرأة إذا حلفت أن لا تغتسل من جنابة أو من حيض فأصابها زوجها وحاضت، واغتسلت فهو اغتسال منهما فتحنث في يمينها. هذه الجملة من «المنتقىٰ»، وروي عن أبي حنيفة رحمه الله فيمن قال: إن اغتسلت من زينب فهي طالق أو اغتسلت من عمرة فهي طالق، فجامع زينب ثم جامع عمرة واغتسل فهذا الاغتسال منهما ويقع الطلاق عليهما.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد عبد الرحيم الكرميني في «شرح كتاب الصلاة» في باب الغسل والجنابة: أن الحائض إذا أجنبت لا يجب عليها الغسل حتى تطهر من الحيض، وإذا طهرت واغتسلت فظاهر الجواب أنّ الاغتسال منهما. وقال أبو عبد الله الجرجاني: يكون من الأول دون الثاني، وكذلك الرجل إذا رعف ثم بال فالوضوء يكون من الأول عند أبي عبد الله الجرجاني.

فالحاصل: أنّ على قول أبي عبد الله الجرجاني إذا اجتمع الحدثان فالوضوء بعدهما يكون من الأول اتحد الجنس أو اختلف. وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله: إن اتحد الجنس بأن بال ثم بال أو رعف ثم رعف وأشباه ذلك فالوضوء من الأوّل وإن اختلف الجنس بأن بال ثم رعف فالوضوء يكون منهما.

وقال الشيخ الإمام الزاهد عبد الرحيم: . . .[1] أن الوضوء من الحدثين إذا استويا في الغلظة والخفة، وإذا كان أحدهما أغلظ فالوضوء من أغلظهما كما إذا رعف أو بال ثم أجنب وقد وجدنا الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله أن الوضوء يكون منهما، ورجعنا إلى قوله.

وفائدة هذه الاختلاف إنما تظهر في مسألة الحلف التي ذكرناها، فإذا حلف أن لا يتوضأ من الرعاف ورعف ثم بال وتوضأ حنث في يمينه بلا خلاف، أمّا على قول أبي عبد الله الجرجاني فلأنه يعتبر الوضوء من أول الحدثين، والأول الرعاف، وعلى قول أبي جعفر الوضوء منهما عند اختلاف الجنس، وقد اختلف الجنس، وعلى ظاهر الجواب الوضوء من الحدثين جميعاً في الأحوال كلها ينصرف، فيصير متوضئاً من الرعاف وهو شرط الحنث، وإن بال أولاً ثم رعف وتوضأ، فعلى قول أبي عبد الله لا يحنث في يمينه، لأن الوضوء عنده وقع عن البول لا عن الرعاف؛ لأن البول أولهما، وعلى ظاهر الجواب

(١) بياض بالأصل.

يحنث في يمينه، لأن الوضوء عنهما، وكذلك على قول الفقيه يحنث لأن الوضوء عنهما لما اختلف الجنس.

وإذا حلف لا يغتسل من امرأته هذه فأصابها ثم أصاب امرأة أخرى ثم اغتسل حنث بلا خلاف، أما على قول الفقيه أبي عبد الله الجرجاني رحمه الله لأن الاغتسال عن المرأة المحلوف عليها عنده أيضاً لأن الجنس متحد وأما على ظاهر الرواية الجواب فلأن الاغتسال وقع عنهما فوجد شرط الحنث وزيادة وعلى هذا الأصل يخرج جنس هذه المسائل.

نوع آخر منه
في الأكل

إذا حلف الرجل لا يأكل والأكل أن يوصل إلى جوفه...[١] في فيه المضغ..[١] سواء مضغه ثم....[١] غير ممنوع حتى....[١] حلف أن لا يأكل هذه البيضة أو هذه الجوزة فابتلعها كذلك حنث في يمينه. لأن المضغ ليس بشرط وإنما الشرط أن يكون بحيث ينافي فيه المضغ. ولو حلف على أكل شيء لا ينافي فيه المضغ بنفسه فأكل مع غيره فإن كان مما يؤكل كذلك حنث في يمينه.

وإن حلف أن لا يأكل هذا اللبن فأكله سمن أو...[١] حلف لا يأكل هذا العسل فأكله كذلك يحنث في يمينه لأن هذا يسمى آكلاً في العادة وإن....[١] على ذلك ماء فشرب لا يحنث في يمينه لأن هذا شرب، وليس كذلك لو حلف [٣٧٩ب/١] لا يأكل هذا السويق فشربه شرباً لا يحنث، لأن هذا ليس بأكل، وإذا عقد يمينه على أكل ما هو مأكول بعينه ينصرف يمينه إلى أكل عينه، وإذا عقد يمينه على أكل ما هو ليس بمأكول بعينه، أو عقد يمينه إلى ما يتخذ منه مجازاً والأصل في جنس هذه المسائل العمل بالحقيقة عند الإمكان، وعند تعذر العمل بالحقيقة أو عند وجود العرف بخلاف الحقيقة ترك الحقيقة، ألا ترى إن باع شيئاً بدراهم ينصرف إلى نقد البلد بدلالة العرف، وفي الصرف إلى نقد البلد ترك حقيقية اسم الدراهم من وجه يعلم أنه كما ترك الحقيقة للتعذر تركه لأجل العرف إذا ثبت هذا فنقول فيما إذا عقد يمينه على أكل ما هو مأكول بعينه العمل بالحقيقة ممكن فينصرف يمينه إلى أكل عينه وإذا عقد يمينه على ما ليس بمأكول بعينه إلا أنه لا يؤكل لذلك عادة فالعمل بالحقيقة غير ممكن فينصرف يمينه إلى ما يتخذ منه مجازاً.

بيان هذا الأصل الأصل من المسائل. إذا حلف لا يأكل من هذه الشاة شيئاً فأكل من لبنها وسمنها لا يحنث، لأنه أكل غير الشاة فتنعقد اليمين بالعين لا بما يتولد من العين، وكذلك إذا حلف لا يأكل من هذا العنب فأكل من ذبيبه أو عصيره لا يحنث، لأن العنب مأكول ما يعقد يمينه على أكل منه باسمه. ولذلك لو حلف لا يأكل من هذا اللبن فأكل من شيرازه لا يحنث، لأنّ عينه مأكول فلا ينعقد اليمين على ما يتخذ منه، ولذلك

---

(١) بياض بالأصل.

إذا جعل اللبن جبناً أو أقِطاً وأكل منه لا يحنث لما قلنا.

وكذلك إذا حلف لا يذوق من هذا الخمر فذاقه بعد ما صار خلاً لا يحنث، وكذلك لو حلف لا يأكل من هذه الحنطة فزرعها فأكل مما خرج منها لا يحنث، والمعنى في الكل ما ذكرنا.

وقال في «الجامع»: إذا حلف لا يأكل من هذه النخل شيئاً، فأكل التمر أو طلعها أو بسرها أو دبسها حنث؛ لأن عين النخلة غير مأكول فينصرف يمينه إلى ما يخرج منه مجازاً وأراد بالدبس ما يُسْتَلّ من الرطب وإن اتخذ من الدبس ناطفاً أو نبيذاً لا يحنث في يمينه، لأن يمينه انصرف إلى ما يخرج من النخلة، والنبيذ والناطف لم يخرجا من النخلة كذلك فلا يحنث بأكله. وكذلك إذا حلف لا يأكل من هذا الكرم شيئاً فأكل من عنبه أو زبيبه أو عصيره حنث في يمينه، لأن عين الكرم ليس بمأكول لأنه شجرة العنب فينصرف يمينه إلى ما يخرج منه، كما في النخلة. وهذه الأشياء خارج من النخلة. أمّا العنب والزبيب فظاهر، وأما العصير فلأنه ماء العنب إلا أنه كان متمكناً بالعصر، ولو أكل من خله لا يحنث لأنه ليس بخارج منه بهذه الصفة.

وإذا حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه يحنث، لأن الدقيق وإن كان مأكولاً بعينه إلا أنه لا يؤكل كذلك عادة، فينصرف يمينه إلى ما يتخذ منه مجازاً.

وفي «النوادر»: لو اتخذ منه...[1] أن يحنث، ...[1] يكون كذلك وإن أكل عين الدقيق هذا، يحنث ولم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في شيء من الكتب. وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: لا يحنث لأن المجاز وهو ما يتخذ منه صار مراداً فلا تبقى الحقيقة مرادة ولو كان حين حلف غيرته عين الدقيق لا يحنث، بأكل لأنه نوى غير ما يقتضيه حقيقة كلامه وظاهره، فيتقيد اليمين.

وإذا حلف أن لا يأكل من هذه الحنطة وهو ينوي أن لا يأكلها حبة حبة صحت نيّتُه حتى لو أكل من خبزها لا يحنث في يمينه، لأنه نوى حقيقة كلامه والعمل بالحقيقة ممكن لأن الحنطة مأكول عينها فتتقيد اليمين بالحقيقة، وإن نوى أن لا يأكل مما يتخذ منها صحت نيتُه أيضاً حتى لا يحنث بأكل عينها، وإن لم تكن له نيّة فأكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحنث، ولو أكل عينها يحنث عند أبي حنيفة رحمه الله، وأمّا عندهما هل يحنث؟ أشار في أيمان «الأصل»: إلى أنه لا يحنث، فإنه قال: في «أيمان الأصل»: إذا أكل من خبزها حنث، إلا أن ينوي الخبز بعينه فإنما صرف يمينه إلى العين بالنية، فدلّ على أنه من غير النية ينصرف إلى الخبز.

وأشار في «الجامع الصغير»: إلى أنه يحنث فإن قال ثمة إذا حلف لا يأكل من هذه الحنطة فأكل من خبزها لا يحنث عند أبي حنيفة رحمه الله. وإن قضمها حبة حبة حنث في يمينه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يحنث إذا أكل من خبزها أيضاً، فهذه إشارة

---

(١) بياض بالأصل.

إلى أنه متى أكل الخبز يحنث، وأما آكل العين يحنث والصحيح ما ذكر في أيمان «الأصل».

فوجه قولهما أن الحنطة متى ذكرت مقرونة بالأكل يراد به في عرف الاستعمال خبزها، يقال: فلان يأكل الحنطة وأهل بلد كذا يأكلون الحنطة، ويريدون خبزها ومطلق الاسم من غير نيّة ينصرف إلى المتعارف وصار تقدير يمينه لا أكل من خبز هذه الحنطة.

ولو قال هكذا إذا أكل خبزها يحنث، وإذا أكل من غيرها لا يحنثُ كذا ههنا. وعند أبي حنيفة رحمه الله أن الحنطة عينها مأكول. . .[1] فيؤكل ويتخذ منها الهريسة فقد عقد يمينه على ما هو مأكول، فلا ينصرف يمينه إلى ما يتخذ منه وما يقول بأن الحنطة إذا ذكرت مقرونة بالأكل يراد بها ما يتخذ منها في العرف، قلنا: هذا العرف موجود في الحنطة بغير عينها لا في حنطة بعينها، والخلاف في «أيمان الأصل» وفي «الجامع الصغير»، . . . . .[1] في حنطة بعينها، وإذا كان غير الحنطة مأكولاً أمكن العمل بالحقيقة فلا يُعدل عنها إلا بالنية أو بالعرف ولم يوجد فعلى قوّة هذا [١٣٨٠أ/ ١] التعليل.

إذا حلف على أكل حنطة لا بعينها يجب أن يكون الجواب فيه عند أبي حنيفة كالجواب عندهما هكذا ذكر شيخ الإسلام في «أيمان الأصل». وإذا أكل من سويقها ذكر في بعض الروايات أنه لا يحنث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وذكر في بعض الروايات أنه لا يحنث ولم يذكر فيه خلافاً.

وفي «المنتقى» عن أبي يوسف أنه يحنث بأكل السويق.

وإذا حلف لا يأكل خبزاً ولا نية له فهذا على خبز الحنطة والشعير، وعلى ما يتعارف في ذلك البلد. . . .[1] الخبز منه وإنما يقع اليمين على خبز الحنطة والشعير لأن الذي يُعتاد أكله من الخبز في جميع البلدان خبز الحنطة والشعير في مطلق اليمين، ينصرف إلى المعتاد حتى لو تصور موضعاً لا يأكل أهله خبز الشعير لا يحنث بأكله غير الشعير أيضاً، ولو أكل خبز الأرز فإن كان من أهل بلد خبزهم ذلك ينصرف يمينه إليه وما لا فلا، وإذا حلف لا يأكل خبزاً ولا نية له فأكل كليجة أو حورية. . . .[1] أو توالية. . . .[1]، قال محمد بن سلمة رحمه الله: لا يحنث في الوجوه كلها، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: المختار أنه يحنث إذا أكل الكليجة أو التوالة المقطوعة، أما الكليجة فلأنها خبز حقيقة وعرفاً واختصاصها باسمها خاص للزيادة لأنها النقصان فلا يمنع دخولها تحت مطلق الاسم، وأما التوالة المقطوعة فلأنها خبز انضم إليه أشياء أخر، وأما الحور. . . فلا يحنث بأكله لأنه لا يسمى خبزاً مطلقاً بل يسمى خبزاً مقيداً وكذا لو أكل القطايف لا يحنث لا يسمى خبزاً يسمى بل قطايفاً ويقال لا يسمى خبزاً مطلقاً بل يسمى خبزاً مقيداً، يقال خبز الحورينج كما يقال بالفارسية باى رد الودانا.

حلف لا يأكل هذا الخبز فخفقه ودقه ثم شربه بالماء لم يحنث، لأن هذا شرب

---

(١) بياض بالأصل.

وليس بأكل ولو أكله مبلولاً حنث لأنه وُجد الأكل حقيقة.

ولو حلف لا يأكل لحماً ولا نية له فأكل لحم سمك لا يحنث في يمينه، هكذا ذكر في «الأصل» وفي «الجامع الصغير»، والأصل في خبز هذه المسائل أن مطلق الاسم ينصرف إلى الكامل من المسمى الاسم صورة ومعنى ولا ينصرف إلى الناقص منه معنى إلا بالدليل وإنما كان كذلك لأن الكامل من المسمى معنى مع الناقص من المسمىٰ معنى بدل من له المجاز مع الحقيقة؛ لأن حد المجاز أن يوجد فيه بعض معاني الحقيقة.

قلنا: ومطلق الاسم ينصرف إلى الحقيقة ولا ينصرف إلى المجاز إلا بدليل، إذا ثبت هذا فنقول بأن لحم السمك ناقص في معنى اللحمية، ألا ترى أنه لا يستعمل استعمال اللحم وألا ترى أنه لا يجنى منه المرق كما يُجنىٰ من سائر اللحوم، وهذا لأن اللحم يتولد من الدم والسمك يتولد من الماء والدم في إتيان القوة فوق الماء. فكذا المتولد منه فكان ناقصاً في معنى اللحمية وهو التقوي والتعذي، ولو أكل لحم خنزير أو لحم. . . .[1] يحنث في يمينه، لأنه لحم حقيقة لأنه ينشأ من الدم لا أنه حرم أكله ولكن الحل والحرمة من أحكام الشرع والاسم حقيقة لا يتغير بأحكام الشرع وكذلك لو أكل لحم البقر أو لحم الغنم أو لحم الإبل يحنث في يمينه. لأن جميع ذلك لحم حقيقة.

والحاصل: أن اسم اللحم اسم جنس فيتناول اللحوم كلها وإذا كانت اللحوم أجناساً مختلفة.

وفي «القدوري»: إذا حلف لا يأكل لحماً فهذا على الحيوان الذي يعيش في البر محرمة كانت أو غير محرمة، وهو إشارة إلى ما قلنا أنّ الحل والحرمة أحكام الشرع فلا يتغير به الاسم حقيقة. ألا ترىٰ أن من حلف لا يشرب شراباً ولا نية له فشرب الخمر إنه يحنث في يمينه، لأنه شراب حقيقة وإن كان حراماً كذا ههنا.

قال في «القدوري»: وأما لحم ما يعيش في الماء كالسمك وغيره فإنه لا يحنث بأكله ثم ينوي إن أكل هذه اللحوم مطبوخاً أو مشوياً أو قديداً ولو أكل. . . .[1] لم يذكر هذا الفصل في شيء من الكتب نصاً. قال شيخ الإسلام: في «شرح الأيمان» الأصل ينبغي أن لا يحنث في يمينه. قال وأشار إليه محمد رحمه الله في «الأصل» فقد ذكر في «الأصل»، إذا حلف لا يأكل لحماً ولا نية له فأي لحم أكل بقر أو لحم غنم أو لحم طير مشوّياً كان أو طبيخاً أو قديداً يحنث في يمينه، فهذا من محمد رحمه الله إشارة إلى أنه لا يحنث بأكل النيء.

وذكر في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله عن أبي بكر الإسكاف: أنه لا يحنث في يمينه. وقال الفقيه أبو الليث: عندي إنه يحنث والأشهر والأظهر أنه لا يحنث لأنه عقد يمينه على ما لا يؤكل كذلك عادة فينصرف يمينه إلى الأكل المعتاد، والأكل المعتاد لحم الأكل بعد الطبخ ولو أكل ما يكون في الجوف من الكرش والكبد والطحال يحنث في

(١) بياض بالأصل.

يمينه. وهذا بناء على عرف أهل الكوفة فإن هذه الأشياء في عرفهم كانت تباع مع اللحم وتستعمل استعمال اللحم فأما في عرفنا لا يحنث في يمينه، لأن هذه الأشياء لا تسمى لحماً ولا تباع مع اللحم ولا تستعمل استعمال اللحم ولو أكل شحم البطن لا يحنث، لأنه لا يسمى لحماً فلا يستعمل استعمال اللحم وكذلك إذا أكل الألية لا يحنث، فهذه العلة.

ولو أكل شحم الظهر يحنث في يمينه، لأنه يسمى لحماً يقال لحم سمين ويستعمل استعمال اللحم ويباع مع اللحم ولا كذلك شحم البطن والآلية. ولو أكل رؤوس الحيوان يحنث في يمينه، لأن ما على رؤوس الحيوان لحم حقيقة ولو حلف لا يأكل لحم شاة فأكل لحم عنز يحنث في يمينه. هكذا ذكر في «الجامع»، وعن بعض مشايخ بلخ إذا كان الحالف مصرياً لا يحنث لأنهم يفرقون بينهما وإن كان قروياً يحنث لأنهم لا يفرقون بينهما.

وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله في «فتاويه»: أنه لا يحنث سواء كان الحالف قروياً أو مصرياً، قال الصدر الشهيد رحمه الله: وعليه الفتوىٰ لأنهم يفرقون بينهما عادة.

ولو حلف لا يأكل شحمة فأكل شحم البطن حنث في يمينه بلا خلاف، ولو أكل شحم الظهر وهو الذي يخالطه لحم على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يحنث في يمينه، وعلى قولهما يحنث والصحيح مذهب أبي حنيفة رحمه الله لأن شحم الظهر ليس بشحم بل هو لحم، ألا ترى أن من حلف لا يأكل لحماً فأكل شحم الظهر يحنث في يمينه، وإذا كان لحماً لا يكون شحماً لأنهما اسمان مختلفان لا يتناولان مسمى واحداً ولو عزل شحم الظهر وأكله لا رواية في [٣٨٠ب/١] هذا عن أبي حنيفة رحمه الله. ولقائل أن يقول لا يحنث عنده.

ولو حلف لا يأكل طعاماً مَلِحَاً أو خلاً أو. . . .[١] أو زيتاً يحنث في يمينه. هكذا رواه ابن رستم عن محمد رحمهما الله وقال: كل شيء يؤكل فهو طعام فقد جعل محمد رحمه الله الخل طعاماً، وقال أبو يوسف رحمه الله: الخل ليس بطعام وكذلك النبيذ ليس بطعام.

قال القدوري في «كتابه»: وحقيقة الطعام ما يستطعم ولكن يختص في العرف ببعض الأشياء فإن السقمونيا وما أشبه ذلك لا تسمى طعاماً.

وفي «فتاوى أبي الليث» إذا حلف لا يأكل طعاماً وأكل دواء من الدواء الذي يكون. . . .[١] ولا يكون. . .[١] ولا يصير غذاءً لا يحنث وإن كان له حلاوة ويصير غذاءً يحنث.

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: إذا حلف الرجل لا يأكل لحم دجاج فأكل لحم الديك يحنث في يمينه.

---

(١) بياض بالأصل.

الأصل في جنس هذه المسائل أن اليمين إذا أضيف إلى اسم جنس يدخل تحت اليمين الذكر والأنثى من ذلك الجنس، ومتى أضيف إلى ذكر على الخصوص لا يدخل تحت اليمين الأنثى، ولذلك إذا أضيف إلى اسم أنثى على الخصوص لا يدخل تحت اليمين الذكر، وكون الاسم خاصاً للأنثى لا تعرف بعلامة الهاء لا محالة لأن ذلك مشترك، قد تكون الهاء للتأنيث وقد تكون الهاء للإفراد وإنما يعتبر فيه الوضع وإنه ينتفي من قبل النقل ومحمد رحمه الله إمام مقلّد مقبول القول في اللغات إذا ثبت هذا جئنا إلى تخريج المسألة فنقول: الدجاج اسم جنس فيدخل تحت اليمين الذكر والأنثى ولو حلف لا يأكل لحم دجاجة فأكل لحم ديك لا يحنث، لأن الدجاجة مع الهاء للأنثى خاصة وكذلك إذا حلف لا يأكل لحم ديك فأكل لحم دجاجة لا يحنث، لأن اسم الديك اسم الذكر خاصة.

قال: وإذا حلف لا يأكل لحم جَمَلٍ أو حلف لا يأكل لحم بعير أو حلف لا يأكل لحم إبل أو حلف لا يأكل لحم جزور دخل تحت اليمين الذكر والأنثى لأن هذه الأشياء من أسماء الأجناس، وكذلك يدخل تحت اليمين البختي وهو ما تكون أمه عربيةً وأبوه غير العربي، ويدخل تحت اليمين أيضاً العربي لما ذكرنا أن هذه الأشياء في أسماء الأجناس فيدخل تحتها الأنواع كلها. ولو حلف لا يأكل لحم بختي فأكل لحم عربي أو حلف لا يأكل لحم عربي فأكل لحم بختي لا يحنث في يمينه، ولأن كل واحد من هذين الاسمين اسم خاص لصنف خاص فلا يدخل تحته الصنف الأخرىٰ.

ولو حلف لا يأكل لحم ناقة فأكل لحم الذكر من العراب أو البخت لا يحنث، لأن الناقة اسم خاص للأنثىٰ والهاء فيها للتأنيث فلا يتناول الذكر.

ولو حلف لا يأكل لحم بقر فأكل لحم الأنثى منه أو أكل لحم الذكر يحنث في يمينه، لأن البقر اسم جنس وكذلك إذا حلف لا يأكل لحم بقرة فأكل لحم بقر يحنث في يمينه، لأن البقرة اسم جنس والهاء فيها للأفراد الدليل عليه أن البقرة المذكورة في قصة موسى صلوات وسلامه عليه كان ذكراً ألا ترى أن الله تعالى قال في شأنها ﴿لَّا ذَلُولٌ تُثِيرُ ٱلْأَرْضَ﴾ [البقرة: ٧١] والثور هو الذي يوصف به.

ولو حلف لا يأكل لحم ثور فأكل لحم جاموس لا يحنث في يمينه، هكذا ذكر محمد رحمه الله في «الجامع»، وفي «الحاوي»: أنه يحنث بخلاف ما لو حلف لا يأكل لحم جاموس فأكل لحم البقر لا يحنث، لأن البقر اسم جنس والجاموس اسم نوع والصحيح ما ذكر في «الجامع»؛ لأن الجاموس، وإن كان نوع ثور إلا أنه لا يكون يؤكل عادة، وهو إنما ذكر البقر مقروناً بالأكل فيتناول نوعاً يؤكل عادة. ألا ترى أن من حلف لا يشتري رأساً فاشترى رأس طير لا يحنث، وإن كان رأساً حقيقة لأن لا يُشترى عادة، وهو إنما ذكر الرأس مقروناً بالشراء فيتناول رأساً يشترى عادة. كذا في مسألتنا والشاة اسم جنس فيدخل تحتها الذكر والأنثى، والكبش اسم خاص للذكر فلا يدخل تحته الأنثى، والنعجة اسم خاص للأنثىٰ فلا يدخل تحته الذكر والله أعلم.

ولو حلف لا يأكل من هذا الحم شيئاً فأكل من هو فيه لا يحنث، إذا لم يكن له نيّة المرقة لأنه لم يأكل شيئاً من اللحم.

وإذا حلف الرجل لا يأكل فاكهة، ولا نيّة له أجمعوا على أنه إذا أكل تيناً ومشمشاً أو خوخاً أو سفرجلاً أو إجاصاً أو كمثرى أو تفاحاً يحنث في يمينه، وأجمعوا على أنه ما أكل خياراً أو قثاء أو جزراً إنه لا يحنث في يمينه. . . .[(١)] وأما إذا أكل عنباً أو. . .[(١)] أو رطباً فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يخنث في يمينه وعلى قولهما يحنث.

وفي «القدوري»: ثمرة الشجر كلها فاكهة إلا الرمّان والعنب والرطب في قول أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله، كل ذلك فاكهة فمن المشايخ رحمهما الله من قال رحمه الله، هذا اختلاف عصر وزمان كان الناس في زمن أبي حنيفة رحمه الله لا يتفكهون بهذه الأشياء ويعدون بهذه الأشياء من الفواكه فأفتى كل واحد منهم على حسب ما شاهد في زمانهم، ومنهم من قال: هذا اختلاف حجة فوجد قولهما أن الفاكهة اسم لما يتفكه به أي يؤكل على سبيل التلهي وذهاب الملالة وهذه الأشياء بهذه المثابة فكانت فاكهة والدليل عليه إذا نوى هذه الأشياء صحت نيته بلا خلاف، وتدخل هذه الأشياء تحت اليمين، ولولا أنها فاكهة وإلا لما دخلت تحت اليمين. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الفاكهة اسم لما يؤكل على سبيل التهلي والذهاب للملالة وهذه الأشياء كما في كل على سبيل التلهي تؤكل لغرض آخر فالعنب والرطب يؤكلان للشبع وقد يكتي فيها في بعض الأماكن، وفي بعض الأزمنة والرمان تؤكل للتداوي فكان هذه الأشياء ناقصاً في معنى التفكه بها فلا تدخل تحت مطلق اسم الفاكهة، والدليل عليه أنه إذا أكل الناس من هذه الأشياء لا يحنث، لأنه ناقص في معنى التفكة فلا تدخل تحت مطلق الاسم كذا ههنا.

وإذا أكل خياراً أو جزراً أو قثاءً إنما لا يحنث [١٣٨١/أ/١] في يمينه، لأن هذه الأشياء ليست بفاكهة إنها هي من البقول والتوابل بعضها يوضع على المائدة مع البقول وبعضها يجعل في القدر مع التوابل.

قال محمد رحمه الله، في «الأصل»: والتوت فاكهة، وهكذا ذكر الكرخي رحمه الله في «كتابه» لأنه يسمىٰ فاكهة في العرف ويؤكل على سبيل التلهي وذهاب الملالة لا لغرض آخر، وعن أبي يوسف رحمه الله أن اللوز والعناب فاكهة وكل ذلك مستفاداً من قول القدوري رحمه الله ثمر الشجرة كلها فاكهة إلا الرمان والعنب والرطب، فإنما استثنىٰ الأشياء الثلاثة لا غير على قول أبي حنيفة رحمه الله وعن محمد رحمه الله أن الجوز اليابس ليس بفاكهة، وهو لطر العنب والرمان والرطب، وإن رطب هذه الأشياء فاكهة واليابس منهما ليس بفاكهة، والبطيخ من الفواكه. هكذا ذكر القدوري ورواه الحاكم الشهيد رحمه الله في «المنتقى» عن أبي يوسف رحمه الله. وذكر شمس الأئمة السرخي

(١) بياض بالأصل.

رحمه الله في شرحه أن البطيخ ليس من الفواكه، فإنه ذكر أن ما لا يكون من فاكهة. . . .[(١)] ورطبه لا يكون فاكهة كالبطيخ، وهذا القياس غير مستقيم فإن الرطب من العنب والرمان فاكهة عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، واليابس منهما ليس بفاكهة. والرطب من الجوز فاكهة بلا خلاف، واليابس منه ليس بفاكهة. . . . .[(١)] فاكهة أيضاً. قيل: كل ما يكون نضيجة فاكهة منه إنما يكون فاكهة.

وفي «المنتقى»: وقال أبو حنيفة رحمه الله: ليس الباقلى ولا السمسم من الثمار، والحاصل أن العبرة، في جميع ذلك العرف والعادة، فما يؤكل على سبيل التفكه عادة ويعد فاكهة في العرف يدخل تحت اليمين، وما لا فلا. وعن محمد رحمه الله إذا حلف لا يأكل من فاكهة العام أو ثمار العام فإن كان في أيام الفاكهة الرطبة فهذا على الرطب وإن أكل اليابس لم يحنث، وإن كان في غير وقتها، فهذا على اليابس وهذا استحسان المتعارف وهذا لما ذكرنا أن اليمين ينصرف إلى المتعارف والمعتاد والمعتاد التفكه. فالرطب في أيام الرطب والتفكه باليابس في أيام اليابس فمطلق اليمين ينصرف إليه. ولو حلف لا يأكل بقلاً. . . .[(١)] من أكل فما سمي بقلاً يحنث، وإن أكل بصلاً لم يحنث. هكذا ذكر القدوري وذكر فصل البصل في «المنتقى». وقال: لا يحنث إلا أن يكون بقلاً عندهم أشار إلى أن العبرة في ذلك للعرف.

ولو حلف بالفارسية لرهاع خورد محه خورد أو على العكس فقد قيل يحنث وقد قيل لا يحنث، وقد قيل: إن قال كرم لى خورد محه خورد يحنث وإن قال: كرمحه في خورد ولو خورد لا يحنث، لأن كرمحه كرم مقيد والمقيد يدخل تحت اسم المطلق وأما المطلق، لا يدخل تحت اسم المقيد وإذا حلف لانا ندم ولا نية له. . . . .[(١)] لإدام يأتي في فصل الاستثناء إن شاء الله تعالى.

واختلف المشايخ في البقل فقيل: إنه ليس بإدام بلا خلاف، وقيل: إنه إدام عند محمد رحمه الله واحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله، والأول أصح فقد ذكر هشام في «نوادره» عن محمد رحمه الله أن البقل ليس بإدام. قال محمد رحمه الله: الخبر إنما أبرم الذي يتردد في المرق وغيره حتى يصير مائعاً له، وأن يرد في الماء فليس بادوم.

وإذا حلف لا يأكل ثمراً فأي نوع من الثمر أكله حنث لأنه الثمر اسم جنس يتناول الأنواع كلها ولو أكل حيساً يحنث لأن الحيس اسم لثمر يلقي في اللبن حتى ينفسخ فيؤكل، وإنما حنث بأكلهُ لأنه هو الثمر بعينه، ولم يقلد عليه غيره ولذلك إذا أكل عصيرة الحرب من التمر يحنث، وكان ينبغي أن لا يحنث بأكل العصيرة لأن اسم الثمر مدرا. . . .[(١)] منه فبطل اليمين، ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعدما صار تمراً لا يحنث في يمينه، وإنما لا يحنث لما قلنا والجواب الاسم الأول لم يراه إنما حدث اسم أخر مع بقاء اسم الأول ألا ترى يقال عصيره وما بخلاف بها إذا حلف لا

---

(١) بياض بالأصل.

يأكل هذا الرطب فأكله بعدما صار تمراً، لأن هناك الاسم الأول دال من كل وجه، ألا ترى أنه لا يقال: رطب تمر والاسم إذا زال يزول اليمين.

وفي «المنتقى» رواية هشام عن محمد رحمه الله فيما إذا حلف لا يأكل هذا الثمر فأكله بعدما جعله عصيرة أنه لا يحنث في يمينه، وإذا حلف لا يأكل شواءً فإن كان ينوي كل شواء فهو ما نوى ويحنث بأكل شواء كل مشوي لأنه نوى حقيقة كلامه، وإن لم يكن له نية ينصرف يمينه إلى اللحم المشوي ولا يدخل فيه السمك المشوي لأن الشواء في العرف إذا أطلق يراد به اللحم المشوي ولا يراد به كل مشوي فينصرف بمطلق اليمين إليه. وإذا حلف. . . [1] فقد ذكرنا تفسير الطائحة في كتاب الطلاق، ولم يذكر تفسير الجابرة والجابرة هي التي ينصرف الخبز في النقور دون التي يعجنه ويهيؤُ.

وإذا حلف لا يأكل طبيخاً وهو ينوي كل مطبوخ فهو كما نوىٰ، وإن لم يكن له نية فهو على اللحم خاصة. هكذا ذكر في «الأصل»، وذكر في «القدوري»: أنه هذا الاسم ينطلق على اللحم الذي يجعل في الماء ويطبخ ليسهل أكله ولا ينطلق على غيره إلا إذا نوى ولو أكل طينة يابسة ولو. . [1] الألوان لا مرق فيه فليس بطبخ، ولو طبخ اللحم في الماء وأكل من المرقه يحنث في يمينه، لأن أجزاء اللحم قائمة في مرقه. ولو طبخ أرزاً أو عدساً بودك فهو طبيخ وإن كان بسمن أو زيت فليس بطبخ. وقال ابن سماعة رحمه الله: الطبخ على الشحم أيضاً.

ولو حلف لا يأكل من طبخ فلان فيستحب له قدر طبخها غيرها لم يحنث، وإذا حلف بالفارسية الراودبك محبه نخورم فكذا ماسكان جوشيده خودر هكذا لا يحنث لأنه في العرف لا يسمىٰ هذا ديث بحه ولو قال اكراردتك مرده نونخورم فكذا فيستحب قداراً اطبخها غيرها لا يحنث لأن قوله كرده يفرادبه عرفاً تحته.

وإذا حلف لا يأكل شيئاً من الحلوى فأي شيء من الحلوى أكله من عسل أو سكر أو خبيص أو ناطف يحنث في يمينه، واعلم بأن الحلوىٰ عندهم كل حلو ليس في جنسه حامض كالخبيص والعسل والسكر والفانيد والناطف. وأما [٣٨١ب/ ١] العنب والرمان والإجاص فليس بحلوىٰ وهذا لأن الحلو مشتق من الحلاوة، وكل ما يوجد في جنسه غير حلو لا يخلص معنى الحلو فيه.

قال محمد رحمه الله: لو اشترى بدرهم غصبه طعاماً وأكله لم يحنث. و«في واقعات الناطفي» ولو أكل خبزاً أو لحماً غصبه يحنث ولو باع الخبز المغصوب بشيء وأكل ذلك الشيء لا يحنث، لأن الأول حرام مطلقاً، والثاني لا لأنه ملكه ولو غصب برّاً أو طحينه إن أعطى مثله قبل أن يأكله لم يحنث بأكله، وإن أكله قبل أن يعطي مثله يحنث لأنه وإنّ ملكه بكسب خبيث والخبيث . . . [1] باقي من كل وجه قبل أداء البدل وإذا أدى البدل يزول الخبث أو بعد. وهذه المسائل بتمامها تأتي في كتاب الغصب إن شاء الله تعالى.

---

(١) بياض بالأصل.

قال القدوري رحمه الله، في «كتابه»: والحرام ما كان محرماً لعينه لا لحق الآدمي وفي أيمان «الجامع الأصغر» قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: كل شيء في أكله اختلاف لا يحنث بأكله.

قال صاحب «الجامع الأصغر»: ما أحسن ما قاله أبو الليث رحمه الله لأن ما في أكله اختلاف فليس بحرام مطلق فلا يحنث له لا بالنية لأن الحالف ذكر في يمينه الحرام مطلقاً ولو حلف بأكل هذا العنب أو هذه الرمانة وجعل يمصه ويرمي بتفله ويبتلع ماءه ويبتلع لم يحنث، لأن هذا لا يسمىٰ أكلاً وإنما سمّى مصّاً. ولو عصر ماء العنب أو ماء الرمان ولم يشربه وأكل. . . .[1] وحصرمه حنث في يمينه، لأن العنب نفسه مأكول والرمان كذلك لو مضغه وابتلعه كذلك يصير أكلاً، وإنما يصير أكلاً ثانياً العنبة والحصرم لا باتباع الماء. ذكر القدوري رحمه الله المسألة على هذا الوجه في شرحه، وإنه مشكل لأن العنب اسم للكل فإذا أكل العنبة والحصرم دون الماء إنما أكل بعض ما عقد عليه اليمين فينبغي أن لا يحنث، ألا ترىٰ أنه لو حلف أن لا يأكل هذا العنب فأكل بعدما صار زبيباً، أو حلف لا يأكل هذا الرطب فأكل بعدما صار تمراً لا يحنث في يمينه، وإنما لا يحنثُ لما قلنا.

وفي «العيون» ذكر هذه المسألة بصورة أخرى، فقال: إذا حلف لا يأكل هذا العنب فلاكَهُ ورمى قشره وحبّه وابتلع ماؤه لم يحنث، ولو رمىٰ بقشره وابتلع ماءه وحبه حنث، وعلل الصدر الشهيد رحمه الله في «واقعاته» فقال: لأن العنب اسم لهذه الأشياء الثلاثة ففي الوجه الأوّل أكل الأقل فلا يكون أكلاً للعنب، وفي الوجه الثاني أكل الأكثر وللأكثر حكم الكل. وعن محمد رحمه الله فيمن حلف لا يأكل رمّانة فمصّ رمّانة لم يحنث، وكذلك إذا حلف لا يأكل سكّراً ففعل في فيه حتى ذاب وابتلع ماؤه لم يحنث، لأن هذا ليس بأكل فقد أوصل إلى جوفه ماءً لا يتأتى فيه المضغ وإذا حلف لا يأكل هذه الرمانة فأكلها إلا حبة أو حبتين حنث استحساناً، لأن ما أكل الرمانة هكذا يكون لأنه لا يمكن أكلها على وجه لا تسقط بشيء منها، ولأن العادة فيما بين الناس إن عند أكل الرمان من كون الحبة والحبتين وإن ترك أكثر من ذلك مما لم يجر العرف أن يتركه الأكل لم يحنث. وهكذا لو حلف لا يأكل هذا السويق فأكله إلا حبة أو حبتين تركهما يحنث في يمينه لما ذكرنا في الرمانة.

ولو حلف لا يأكل لحم هذا الجزور فهذا على بعضه لو أكل بعضه يحنث في يمينه بخلاف ما إذا حلف لا يبيع لحم هذا الجزور فباع بعضه حيث، لا يحنث لأن الأكل لا يتأتى على الكل بدفعة واحدة فينعقد اليمين على بعضه، فأما البيع يتأتى على الكل بدفعة واحدة فينعقد اليمين على كله.

وإذا حلف لا يأكل هذا الطعام فإن كان يقدر على أكله بدفعة واحدة لم يحنث بأكله

---

(١) بياض بالأصل.

بعضه، وكذلك إذا عقد يمينه على شرب مشروب بعينه وهو يقدر على شربه بدفعة واحدة لم يحنث بشرب بعضه، وإن كان لا يقدر على شربه بدفعة واحدة فيمينه على شرب بعضه لأن المقصود من اليمين في الصورة الأولى الامتناع عن جميعه، والمقصود منها في الصورة الثانية الامتناع عن أصله، لا عن جميعه لأن ما يمتنع فعله في العادة والغالب لا يقصد في اليمين. وفي «المنتقى»: إذا قال: ليأكلن هذا التمر اليوم فأكل بعضه، وإن كان التمر لا يستطاع أكل كله في يوم بر بأكل بعضه وما لا فلا، فلو حلف لا يأكل هذه البيضة لا يحنث بأكل بعضها، لأنه لو أكل كلها بدفعة واحدة فينعقد اليمين على الكل وكذلك، لو حلف لا يأكل هاتين البيضتين لم يحنث حتى يأكلهما جميعاً.

وفي «المنتقى»: لو حلف لا يأكل من هذه الخابية من الزيت فأكل بعضه يحنث لأنه لا يؤكل كلة بدفعة واحدة فينعقد اليمين على البعض ولو كان مكان الأكل يباع فباع بعض الخابية لا يحنث، لأنه تباع كلها فلا ينعقد اليمين على البعض. وفي «المنتقىٰ» أيضاً: إذا حلف لا يشرب لبن هذه الشاة فشرب شيئاً منه يحنث في يمينه. ولو قال: لا آكل من لبن هاتين الشاتين، أو من ثمر هاتين النخلتين، أو من هذين الرغيفين فأكل من أحدهما يحنث. وكذلك لو حلف لا يأكل من لبن هذا الغنم فأكل من لبن شاة واحدة وكذلك لو حلف لا يشرب من ماء هذه الأنهار فشرب من ماء نهر واحد يحنث، لأن من للتبعيض فكانت اليمين متناولة بعض المذكور وقد وجد.

ولو قال: لا أشرب لبن هاتين الشاتين لم يحنث حتى يشرب من لبن كل شاة، لأن عقد اليمين عليهما فلا يحنث بشرب أحدهما، ولو كان اللبن. . .[1] بالحلف لا يشربه فهذا على بعضه إذا كان لا يقدر على شربه بدفعة واحدة وقد مرّ هذا.

ولو قال: لا يشتري من هذين الرجلين لم يحنث حتى يشتري منهما ولا يشبه قوله لا أكل من هذين الرغيفين لأن في مسألة الأكل أمكن باعتبار حقيقة كلمة من في التبعيض، وفي مسألة الشراء لا يمكن لأن البائع لا يتبعّض فكان كلمة من في وصل الشراء أصله من الكلام.

وإذا حلف لا يأكل هذا الرغيف فأكل الكل للأشياء قليلاً يحنث في يمينه. وإن نوى أكل الكل دُيِّن فيما بينه وبين الله تعالى، وهل يصدق قضاء فيه روايتان.

ولو قال إن أكلت هذا الرغيف فامرأته طالق، ثم قال: إن لم آكله فعبده حر فالحيلة في ذلك حتى لا يعتق عبده ولا تطلق امرأته أن يأكل النصف ويترك النصف.

وإذا حلف لا يأكل سمناً وأكل سويقاً ملتوتاً بالسمن فإن كان يُرى فيه لون السمن ويوجد طعمه يحنث، وكذلك كل شيء [٣٨٢أ/ ١] أكله وفيه سمن وإن كان لا يوجد طعمه ولا يُرى لونه لا يحنث، وكذلك إذا كان يوجد طعمه ولا يُرى لونه لا يحنث. وصار الأصل متى أكل المحلوف عليه بعدما خلطه بخلاف جنسه ينظر إن صار المحلوف

---

(١) بياض بالأصل.

عليه هالكاً من كل وجه أو من وجه لا يحنث في يمينه، وإن لم يصير هالكاً أصلاً وكان قائماً من كل وجه يحنث، إلا أنه أثبت القيام في السمن. . .[١] دون اللون وأثبت الهلاك بزوال دون اللون. وإذا حلف على حنطةٍ لا يأكلها فأكلها مع غيرها من الحبّات، أو حلف على شعير لا يأكله فأكله مع غيره من الحبات إن أكل. . . . فإن كانت الغلبة للمحلوف عليه يحنث، وإن كانت الغلبة لغير المحلوف عليه يحنث، وإن كان سواء القياس أن يحنث وفي الاستحسان لا يحنث، وإن أكل حبة حنث على كلِّ حال وذكر مسألة السمن.

وفي «النوادر» ويشترط للحنث شرطان. . .[١] على ما ذكرنا فقال: إن كان يرى لون السمن ويوجد طعمه وكان لو عصر سال السمن يحنث في يمينه.

وفي «المنتقى» رواية هشام عن محمد رحمه الله: إذا حلف لا يأكل هذا السمن فجعله خبيصاً إلا أنه يرى فيه لون السمن ويوجد طعمه إنه يحنث في يمينه، فإذا حلف لا يأكل ملحاً وأكل طعاماً فيه ملح إن لم يكن بالحساء، ويقال بالفارسية سور لا يحنث في يمينه، وإن كان مالحاً يحنث في يمينه. وصار كما لو حلف لا يأكل فلفلاً وأكل طعاماً فيه فلفل إن كان يوجد فيه طعم الفلفل يحنث في يمينه، وإن كان لا يوجد لا يحنث هكذا ذكر المسألة في «العيون»، وكان الفقيه أبو الليث رحمه الله يقول: في الملح لا يحنث في يمينه ما لم يأكل عينه مع الخبز أو مع شيء آخر إلا إذا كان وقّت اليمين دلالة على ذلك، لأن غير الملح مأكول وغير الفلفل لا، وكان الصدر الشهيد رحمه الله يختار هذا القول.

وإذا حلف على لبن لا يأكله فطبخ اللبن مع الأرز وأكله لا يحنث، وإن لم يجعل فيه الماء ويرى عين اللبن، وهو نظير ما لو حلف على خل لا يأكله فاتخذ منه. . . .[١] لا يحنث في يمينه، وعلى قياس ما إذا حلف على تمر لا يأكله فاتخذ منه عصيره وأكلها يحنث في يمينه ينبغي أن يحنث في يمينه، في مسألة اللبن إذا طبخ مع الأرز لأن اسم اللبن بهذا الصنع لم يزل، إنما حدث له اسم آخر مع بقاء الاسم الأول ألا ترى أنه يقال بالفارسية سته كرمح وخرج على هذا مسألة الخل لأن هناك اسم الخل يزول. . . .[١] أما ههنا بخلافه. وإذا حلف بالفارسية عفران نخودر بان كاك كي يردوى أي عفران است كنجد خوده يحنث في يمينه لأن عين المحلوف عليه قائم فإنه يرى ويوجد طعمه، حلف بالفارسية كل ى خورم كل فحى خوده كندا نكردى حلف لا يأكل هذا الرغيف فأكل بعضه لا يحنث إذا كان بحال يؤكل الكل في مجلس واحد، ولو قال هذا الرغيف حرام عليّ وأكل لقمة منه يحنث، حلف لا يأكل دهناً فأكل دهن الكراع يحنث في يمينه، ولو قال: كلّما أكلت لحماً فعبد من عبيدي حر فأكل لزمه بكل لقمة عتق عبد، وإذا قال: إن أكلت من بُرٍّ لهذه. . .[١] فعبدي حر فأكل من مجمعها ويقال: بالفارسية دوغ زده يحنث لأنه من. . .[١] ولو اتخذ منه مرقة ويقال بالفارسية دوغ ما لا يحنث والأول مشكل وبليغ أن

(١) بياض بالأصل.

لا يحنث لأنه لم يخرج من. . . .[(١)] كذلك.

وعن أبي يوسف رحمه الله فيمن حلف لا يأكل هذه الدراهم فاشترى بها طعاماً وأكله حنث لأن الدراهم لا تؤكل عينها فينصرف يمينه إلى ما يشتري منه، ولو أبدلها بغيرها واشترى بالبدل طعاماً وأكله لا يحنث، وعلى هذا إذا حلف لا يأكل من ثمر هذا العبد.

وروى هشام عن محمد رحمه الله في رجل له دراهم، فحلف أن لا يأكلها فاشترى بها دنانيراً وفلوساً ثم اشترى بالدنانير والفلوس فاكهة وأكل حنث، ولو اشترى بالدراهم غرضاً واشترى بذلك الغرض طعاماً وأكل لا يحنث في يمينه، كذلك لو اشترى بالدراهم شعيراً ثم اشترى بذلك الشعير طعاماً وأكله لا يحنث في يمينه.

وفي «المنتقى»: إذا حلف على ما يؤكل أن لا يأكله ثم اشترى ما يؤكل وأكله لم يحنث في يمينه، بخلاف ما لو حلف على ما لا يؤكل لا يأكله فاشترى به ما يؤكل وأكله حنث في يمينه.

إذا حلف لا يأكل من ميراث أبيه شيئاً فاشترى بما ورث طعاماً وأكله حنث، ولو اشترى بالميراث شيئاً واشترى بذلك الشيء طعاماً وأكله لم يحنث، وعن أبي يوسف رحمه الله إذا لم. . .[(١)]. الميراث. لو قال: لا آكل ميراثاً يكون لفلان. . . .[(١)] وأكله يحنث؛ لأنه في العادة يقال لما في أيدي الإنسان إنه ميراثاً وإن غيرّه.

روى ابن سماعة هذه الرواية مفسرة فقال: إذا حلف والله لا آكل من ميراثك شيئاً فورَّثه دراهم فاشترى بالدراهم طعاماً وأكله يحنث، وكذلك لو اشترى بالدراهم متاعاً فباع المتاع بالدراهم واشترى بالدراهم متاعاً وأكله حنث، وفي رواية أخرى عنه في هذه الصورة أنه لا يحنث.

عن أبي يوسف رحمه الله أيضاً فيمن حلف لا يطعم فلاناً بما ورث من أبيه فورث دراهم واشترى بها طعاماً فأطعمه يحنث، فإن ورث طعاماً فأطعمه حنث وإن اشترى به طعاماً فأطعمه لا يحنث، لأنه أمكن اعتبار الحقيقة فيه وهذا الذي اشترى ليس بمورث حقيقة.

ولو حلف لا يأكل من كسب فلان فأُعلم أن الكسب ما صار له بفعله فأخذ المباحات أو. . .[(١)] في القعود وأما الميراث فلا يكون كسباً لأن الملك في الميراث يثبت حكماً من غير منع فلا يضاف إلى كسبه.

وإذا حلف لا يأكل من كسب فلان فورث المحلوف عليه شيئاً وأكله الحالف لا يحنث، ولو اشترى شيئاً أو وهب. . . .[(١)] وتصدق عليه بشيء وقبل وأكله الحالف حنث في يمينه، ولو حلف لا يأكل من كسب فلان فاشترى الحالف شيئاً من [٣٨٢ب/١] المحلوف عليه بما اكتسبه المحلوف عليه أو وهب المحلوف عليه ذلك من الحالف وأكل

---

(١) بياض بالأصل.

لا يحنث في يمينه؛ لأن شرط الحنث أكل مكسوب فلان، وهذا أكل مكسوب نفسه فلا يحنث. رواه إبراهيم عن محمد رحمه الله.

وقال هشام: سمعت محمداً رحمه الله يقول فيمن حلف لا يأكل من كسب فلان فوهب المحلوف عليه شيئاً من كسبه من الحالف أو تصدق عليه وأكل حنث في يمينه، ولو حلف من كسب فلان فاكتسب المحلوف عليه مالاً، ومات وورثه رجل وأكله الحالف يحنث في يمينه، لأن الثابت للوارث غير ما كان ثابتاً للمورث وكذلك لو ورثه الحالف وأكل يحنث في يمينه، بخلاف ما لو ينقل إلى غيره بغير الميراث بشراء أو وصية حيث لا يحنث لأنه صار كسباً للثاني، لأن المشتري والموصى له لا يملك على حكم ملك الأول، وقد مرّ شيء من هذا الجنس في كتاب الطلاق.

وإذا حلف لا يأكل من ملك فلان، أو مما يملك فلان يخرج شيء من ملكه إلى ملك غيره وأكله الحالف لا يحنث، لأن شرط الحنث أكل ما هو مضاف إلى فلان بالملك وقت ولو يوجد.

وكذلك على هذا إذا حلف لا يأكل طعام فلان ولو حلف لا يأكل ميراث فلان فمات المحلوف عليه ثم مات وارثه وورثه غيره وأكله الحالف لم يحنث، لأن بالإرث الثاني ينفسخ حكم الإرث الأول فلا يصير أكلاً من ميراث المحلوف عليه.

وإذا حلف لا يأكل مما اشترى فلان فاشترى لنفسه أو لغيره وأكله الحالف يحنث، ولو أن المحلوف عليه باع ما اشترى لنفسه أو باع ما اشترى لغيره بأمر المشتري له ثم أكل الحالف لا يحنث، لأن الشراء الثاني نسخ الشراء الأول.

ولو حلف لا يأكل مما زرع فلان وباع فلان زرعه وأكله الحالف يحنث؛ لأن الزراعة لا ينسخها الشراء فإن بذر المشتري وزرعه الحالف، فأكل الحالف من ذلك الزرع يحنث؛ لأن الأول قد انعدم بالثاني.

وكذلك إذا حلف لا يأكل من طعام يصنعه فلان أو من خبز يخبزه فلان وصنعه وباعه وأكل الحالف منه يحنث في يمينه.

وكذلك إذا حلف لا يلبس ثوباً نسجه فلان فنسجه ثم باعه لم ينسخ نسجه بالبيع إلا إذا أُنقض وغُزل ثانياً.

وكذلك إذا حلف لا يلبس ثوباً مسّه فلان فلبس ثوباً قد مسّه فلان وباعه يحنث في يمينه.

ولو حلف لا يأكل من طعام فلان، وفلان باع الطعام فاشترى وأكل حنث. ولو قال: لا آكل طعامك هذا وأهداه له وأكله لم يحنث في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله يحنث، وهذه المسألة فرع مسألة أخرى تأتي بعد هذا؛ وهو ما إذا حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها فلان فدخلها الحالف.

وإذا حلف لا يأكل من غلة أرض فلان فأكل من ثمن الغلة حنث لأن هذا في العرف يسمى أكل غلة أرضه، وإن نوى أكل نفس ما يخرج منها دين في القضاء وفيما بينه

وبين الله تعالى، لأنه نوى حقيقة كلامه، وإذا حلف الرجل لا يأكل لحماً اشتراه فلان فاشترى فلان سخلة فذبحها فأكل الحالف لم يحنث لأنه لم يأكل لحماً اشتراه فلان، وإذا حلف لا يأكل من طعام يشتريه فلان فأكل من طعام اشتراه فلان وآخر يحنث في يمينه. فرّق بين هذا وبين ما إذا حلف لا يدخل داراً اشتراه فلان وغيره فإنه لا يحنث، أو حلف لا يلبس ثوباً اشتراه فلان، فاقترض ثوباً اشتراه فلان وغيره لا يحنث في يمينه، والفرق أن اسم الطعام ينطلق على القليل والكثير فالقدر الذي اشتراه فلان يسمى طعاماً فقد أكل طعاماً اشتراه فلان، أما اسم الدار واسم الثوب لا يقع على البعض فإذا دخلها أو لبسه فما دخل داراً. أما [إذا] لبس ثوباً اشتراه فلان فلا يحنث في يمينه، وعلى هذا إذا حلف لا يأكل من طعام فلان فأكل من طعام مشترك بينه وبين غيره حنث في يمينه.

ولو حلف لا يأكل من خبز فلان فأكل من خبز بينه وبين آخر يحنث في يمينه، بخلاف ما إذا حلف لا يأكل من رغيف فلان فأكل من رغيف بينه وبين آخر لا يحنث في يمينه، لأن اسم الخبز ينطلق على القليل والكثير ولا كذلك اسم الرغيف.

ولو حلف لا يأكل من طعام فلان فأكل من طعام مشترك بين الحالف وبين فلان لا يحنث في يمينه، لأن ما أكل الحالف هو من حصته، ألا ترى أن يأخذ حصته هكذا ذكر في «المنتقىٰ».

وإذا حلف لا يزرع أرض فلان فزرع أرضاً بينه وبين غيره حنث لأن كل جزء من الأرض يسمىٰ أرضاً، ولا كذلك الدار والثوب، فإن كل جزء من الدار لا يسمىٰ داراً وكذلك كل جزء من الثوب لا يسمى ثوباً.

إذا حلف لا يأكل من هذه الشجرة فأخذ غصناً من أغصانها وركبها على شجرة أخرى فأدرك ذلك الغصن وأثمر وأكل من ذلك الثمرة رأيت هذه المسألة في «شرح السير الكبير» فيه اختلاف المشايخ، قال بعضهم: يحنث لأن هذا غصن الشجرة المحلوف عليها لو كان على تلك الشجرة وأثمر وأكل منه يحنث هكذا إذا ركبه على غيرها، وقال بعضهم: لا يحنث لأنه لمّا ركب على الشجرة الأخرى واتصل بها صار تبعاً للشجرة الأخرى، ألا ترى أنه يحيى بحياة أصل تلك الشجرة وييبس إذا يبس أصل تلك الشجرة.

ولو حلف لا يأكل من هذه الشجرة فوصل بها غصن شجرة أخرىٰ بأن حلف على شجرة التفاح فوصل بها غصن شجرة الكمثرى، ينظر إن سمى الشجرة باسم ثمرها الإشارة في اليمين بأن قال: لا آكل من هذه لشجرة التفاح، أو قال بالفارسية: اذين درخت سيب نخورم لا يحنث في يمينه، وإن اقتصر على الإشارة [٣٨٣أ/ ١] وتسمية الشجرة ولم يسم الشجرة باسم ثمرها بأن قال: لا آكل من هذه الشجرة وباقي المسألة بحالها يحنث، هكذا سمعت من. . .[1] وهو يقول الرواية هكذا، وعلى قياس مسألة الأولى ينبغي أن يكون فيه اختلاف لأن تلك المسألة ذكرت مطلقة من غير فصل بينهما إذا

---

(١) بياض بالأصل.

اتحد الثمر، واختلف على قياس هذه المسألة. . . .[١] يكون تأويل تلك المسألة أن تكون الثمرة تتخذ.

إذا حلف لا يأكل من مال فلان. . .[١] وفارسيته سحريراخكن وحذى مريرير وحورند لا يحنث في يمينه، لأن في العرف يسمى آكلاً مال نفسه هكذا ذكر في «فتاوىٰ أبي الليث» رحمه الله وفيه نظر.

وإذا حلف لا يأكل من مال أبيه وكان بين الابن وبين الحالف. . . .[١] فأكل منه يحنث لأنه أكل من مال الابن وهذه المسألة تخالف مسألة الطعام التي تقدم ذكرها. وفيه أيضاً إذا قال لوالديه: إن أكلت من مالكما فأكل بعد موتهما لم يحنث من مالهما، ولو قال: إن أكلت من مالكما بعد موتكما وباقي المسألة بحالها يحنث في يمينه، لأنه لمّا نصّ على ما بعد موتهما علمنا أنه أراد به الميراث وأراد بالنسبة المجاز.

وفي «فتاوى الفضلي» إذا قال: إن أكلت شيئاً من مال والدي فكذا ثم وجد كسيرة خبز في بيت والده وأكلها. .[١] لا يحنث لأن اليمين يعقد للمنع والإنسان لا يمنع نفسه عن مثل هذا.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: إذا حلف بالفارسية لا يأكل من خبز فلان فتناول من. . .[١] فلان لا يحنث، لأن أوهام الناس لا تسبق إلى هذا، ألا ترى أنه لو أكل من قشر بطيخة أو أكل من كسرة خبزة وجدها على باب داره لا يحنث في يمينه، وفيه أيضاً إذا حلف لا يأكل من كسب فلان فشرب من الذي وضعه على الطريق ليشرب الناس أخاف أن يحنث، ولو أكل كسرة مطروحة في بيت المحلوف عليه فإن كانت الكسرة بحال لا يُعطى مثلها الفقير لا يحنث. وإن كان بحال يُعطى مثلها الفقير يحنث، وفيه أيضاً إذا حلف أن. . . .[١] وفلان فأكل من. . .[١] حمله فلان ينبغي أن يحنث، لأن الأوهام تسبق إلى هذا إذا كانت اليمين معقودة على أورده.

في «واقعات الناطفي»: إذا اغترف الرجل من قدر في وصفه ثم حلف لا يأكل من هذا القدر فأكل من ماء القصعة لا يحنث، لأن يمينه على ما بقي في القدر.

رجلٌ قال لامرأته: إن أكلتْ والدتك من مالي فأنت طالق ثلاثاً فطبخت امرأته قدراً فجاءها وجعلت فيه شيئاً من الحوائج من مال الزوج فأكلت والدة المرأة من ذلك فقد قيل: إن فعلت المرأة ذلك برضا صاحب القدر في هذه الصورة، وقد قيل لا يحنث على كل حال، لأن الحوائج صارت ملكاً للمرأة لجعلها إياه في القدر فكانت الوالدة أكلت من مال ابنتها، لا من مال زوجها.

إذا قال: إن أكلت من مال والدي قبل أن أتزوج فاطمة كل امرأة أتزوجها فهي طالق فالحالُ من مال والده قبل أن يتزوج فاطمة، ثم تزوج فاطمة طلقت هي لأن عند الأكل يصير قائلاً كل امرأة أتزوجها فهي طالق.

(١) بياض بالأصل.

إذا حلفت المرأة أن لا تأكل من أطعمة ابنها وقد كان الابن بعث إليها من الأطعمة قبل اليمين فأكلت ذلك لا يلزمها الحنث لأنها أكلت طعام نفسها قبل هذا إذا لم يكن له نيّة، فإن نوى ذلك الطعام الذي بعثه قبل اليمين يحنث بأكله، لأنه نوى الإضافة باعتبار ما قد كان حلف لعيره، وقال: لاطعمتك غداً حتى تشبع فاطمة ولم تشبع حنث في يمينه، حلف لا يأكل من طعام امرأته فأدخلت عليه الطعام، وقالت له: داروكو فأكل لا يحنث، ولو لم يقل داروكو وباقي المسألة بحالها يحنث، لأن بقولها داروكور يصير الطعام ملكاً للزوج وقبل ذلك هو ملك للمرأة.

وإذا حلف لا يأكل من طعام صهره فبعث الصهر ابنه الذي في عياله في أمر ودفع إليه شيئاً من الأطعمة فأكل الحالف من ذلك فقد قيل: يحنث، وقيل: لا يحنث، لأن بالدفع إلى الابن يصير الطعام ملكاً للابن فلا يكون آكلاً طعام الصهر.

وإذا حلف لا يأكل مع فلان طعاماً فأكل هذا من إناء وفلان من إناء آخر في ذلك المجلس لا يحنث، هكذا ذكر في «شرح مختصر عاصم» في باب كفارة اليمين في الشراب. وفي «شرح الكافي» للصدر الشهيد رحمه الله في باب اليمين في الشراب أنهما إذا أكلا من مائدة واحدة حنث. وإذا اختلف. . . .[1] وطعامهما فيتأمل عند الفتوى.

إذا حلف لا يأكل بُسراً فأكل بسراً قريباً وهو الذي عامته بُسر حنث بالإجماع، ولذلك إذا حلف لا يأكل رطباً فأكل رطباً فيه بُسر يسير حنث بالإجماع، ولو حلف لا يأكل رطباً فيه بسر يسير حنث في قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله لا يحنث، لأن ما عقد يمينه عليه مغلوب بغيره فلم يظهر بمقابلته، وهما يقولان الحر والذي يتناوله اليمين لو أكله بانفراده يحنث فكذلك إذا أكل مع غيره.

نوع آخر
من هذا الفصل في الشرب

قال القدوري في «شرحه»: الشرب بأن يوصل إلى جوفه ما لا ينافي فيه. . .[1] في حال، وقوله مثل الماء والنبيذ واللبن، فإذا حلف لا يشرب من هذا اللبن فأكله لا يحنث ولو شربه يحنث، وأكل اللبن أن يرد فيه الخبز ويؤكل، وشربه أن يشرب كما هو. ولو حلف لا يشرب هذا العسل فأكله كذلك لا يحنث، لأنه يسمى أكلاً ويسمى شرباً، ولو صب عليه ماءً وشربه حنث، لأنه يشرب حقيقة.

إذا حلف أن لا يشرب من دار فلان فأكل منها شيئاً قال محمد بن سلمة رحمه الله: يحنث في يمينه لأنه قصده المنع حداً عن جميع المأكولات. يقال بالفارسية من اب نجورم ان خاته.

قال الصدر الشهيد رحمه الله في «واقعاته»: المختار عندي أنه لا يحنث إلا أن

---

(١) بياض بالأصل.

ينوي جميع المأكولات، لأن اللفظ في باب الأيمان مراعى، وإذا نوى [٣٨٣ب/١] جميع المأكولات حينئذ لأنه نوى ما يراد به في العرف فتصح نيته، وقد قيل: إن كانت اليمين بالعربية لا يحنث بأكل المأكولات، وإن كانت اليمين بالفارسية يحنث؛ لأن فارسية الأكل والشرب واحد وهو نظير ما قيل فيما إذا حلف لا يأكل هذا السويق فشربه شرباً إنه إن كانت اليمين بالعربية لا يحنث، وإن كانت اليمين بالفارسية يحنث، وطريقه ما قلنا.

ولو حلف لا يشرب مع فلان فشربا في مجلس واحد حنث في يمينه، وإن كان الإناء الذي يشربان منه مختلفاً، وكذا إن شرب الحالف من شراب والآخر من شراب، وإذا حلف لا يشرب شراباً ولا نية له فأي شراب يشرب من ماء أو غيره يحنث هكذا ذكر في أيمان «الأصل».

وفي «الأصل»: إذا حلف لا يشرب الشراب، ولا نيه له فهو على الخمر. قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: فإذا في المسألة روايتان، وفي «فتاوى أهل سمرقند» أنه لا يحنث بشرب الماء لأنه لا يسمى شراباً عرفاً، وحكي عن شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ما هو قريب من هذا، فإنه قال: في عرف الفارسية من حلف شراب نمن خمرم لا يقع ذلك على الماء واللبن.

وإذا حلف لا يشرب لبناً فصب الماء في اللبن فالأصل في هذه المسألة، وأجناسها أن الحالف إذا عقد يمينه على ما يقع فاختلط بمائع آخر من خلاف جنسه إن كانت الغلبة لغير المحلوف عليه لا يحنث، وإن كان سواء فالقياس أن يحنث، وفي الاستحسان لا يحنث، وفسر أبو يوسف رحمه الله الغلبة فقال: أن يستبين لون المحلوف عليه ويوجد طعمهُ.

وقال محمد رحمه الله: تعتبر الغلبة من حيث القلة والكثرة بالأجزاء. وإذا حلف لا يشرب اللبن فصب فيه الماء وإن كان يوجد طعم اللبن ويرى لونه فهو غالب فيحنث عند أبي يوسف رحمه الله، وبدون ذلك لا يحنث. وأما إذا اختلط بمائع آخر من جنسه كاللبن إذا اختلط بلبن آخر فعند أبي يوسف رحمه الله هذا والأول سواء يعني يعتبر الغالب غير أن الغلبة من حيث اللون والطعم لا يمكنه اعتبارها ههنا فيعتبر بالقدر، وعند محمد رحمه الله يحنث ههنا لكل حال؛ لأن الشيء لا يصير مستهلكاً بجنسه وإنما يصير مستهلكاً خلاف الجنس، فإذا لم يصر مستهلكاً. . . .[1] يلزمه الحنث، قالوا: وهذا الاختلاف فيما يمتزج ويختلط بالمزج والخلط أما ما لا يمتزج بالخلط كالدهن وكان الحلف على الدهن يحنث بالاتفاق لأن الدهن يكون منفصلاً فيصير بشرب المخلوط شارباً المحلوف عليه على كل حال فيحنث في يمينه.

وفي «القدوري»: إذا حلف على قدر من ماء زمزم لا يشرب منه شيئاً وصبه في ماء آخر حتى صار مغلوباً وشرب منه يحنث عند محمد رحمه الله لما بينا في «أصله»، أن الشي لا يصير مستهلكاً بجنسه، ولو صبه في بئر أو حوض عظيم وشرب منه لا يحنث

---

(١) بياض بالأصل.

لأنه لا يدري لعل البئر تغور بما صب، والحوض إذا عظم ولعل ذلك القدر من الماء يختلط بالكل.

ولو حلف لا يشرب هذا الماء العذب فصبه في ماء مالح فغلب عليه وشرب لم يحنث. لأنه قيده بوصف ولم يبق ذلك الوصف بعد الخلط فعلم أنه صار مستهلكاً بالخلط. وكذلك لو حلف لا يشرب لبن ضأن فخلط بلبن معز. ولو حلف لا يشرب لبن هذه الشاة وهي ضأن فخلطها بلبن معز حنث، ولا يعتبر لأن في هذه المسألة اليمين وقعت على لبن الضأن. وإذا حلف شراب نحووم فشرب البكي للأخس أولاد فعلى قياس ما ذكر في الحيل لا يحنث في يمينه، وهو موافق للعرف وإذا حلف لا يشرب نبيذاً فاعلم أن النبيذ اسم لما ألقي فيه التمر أو الزبيب أو السكر أو الفانيد وغلى واشتد ولو شرب العصير الذي صار خمراً أو السكر لا يحنث هكذا ذكر في «الأصل».

وفي «فتاوى الفضلي»: أن يمينه على النيء من ماء العنب قال الصدر الشهيد رحمه الله في «واقعاته»: المختار للفتوىٰ أن يمينه على المسكر من ماء العنب ماء كان أو مطبوخاً لأن اسم النبيذ في العرف يقع على هذا ويسمىٰ لمن شرب هذا نبيذ حرارة، ولا يسمى بهذا الاسم غيره، وكان شمس الأئمة السرخسي رحمه الله يقول: اسم النبيذ بالفارسية يقع على كل مسكر، وإذا حلف سكبي مخورد فيمينه على كل مسكر لكن من ماء العنب. سبكي خورد وفي «فتاوىٰ النسفي» أن اسم السبكي يقع على كل مسكر سواء كان من ماء العنب أو غيره كاليكني والأجسمه ونحوهما. قال: أو كبه حلالاً كان ذلك أو حراماً حتى لو شرب المثلث الذي يجوز شربه يحنث في يمينه، والصحيح أن اسم السيكي يقع على المسكر من ماء العنب لا غير نيئاً كان أو مطبوخاً، وأما اسم الخمر وفارسيته حى وبعض مشايخ سمرقند رحمهم الله جعل هذا بمنزلة اسم قول السبكي.

وبعضهم قالوا: إن نوى المسكر فيمينه على النيء والمطبوخ جميعاً، والصحيح أن هذا على النيء من ماء العنب لا غير وإذا قال: مسكره تخوزم فقد قيل إن يمينه لا تقع على المتخذ من الحبوب لأن شرب ذلك حلال عند أبي حنيفة رحمه الله والسكر منه ليس بسكر حقيقية بمنزلة السكر في البنج ولبن الرمكة وأشباه ذلك ولهذا لو سكر منه لا يحل ولو طلق في السكر منه لا يقع طلاقه هكذا ذكر الصدر الشهيد رحمه الله فصل الحد والطلاق. فعلى قياس ما ذكر في عدم وجوب الحد وعن عدم وقوع الطلاق بناء على أن السكر الحاصل من هذه الأشربة ليس بسكر على الحقيقة ينبغي أن لا يحنث في يمينه، وقوله مسكره أي خورم، وبعض المشايخ قالوا: يحنث في يمينه، والصحيح أنه يعتبر فيه العرف إن كان في العرف يسمى الشراب المتخذ في هذه الأشياء مسكرة يحنث في يمينه، ومالا فلا.

إذا حلف لا يشرب نبيذ زبيب فشرب نبيذ كشمش[1] يحنث في يمينه لأن الكشمش نوع من الزبيب.

---

(١) الكشمش: عنب صغار لا عجم له.

وإذا حلف بالفارسية يران كه كيبتي را نبيذ بني دهم فسقى رجلاً نبيذاً إن كان له نية وقت الحلف فهو على ما نوى إن نوى السقي لا يحنث [٣٨٤أ/١] بالإهداء، وإن نوى الإهداء لا يحنث بالسقي لأنه نوى ما يحتمل لفظة، وإن لم يكن له نية فيمينه على السقي والإهداء جميعاً لأنه يتحقق شرط الحنث في كل واحدة منهما، وهو إعطاء النبيذ.

في «فتاوىٰ أبي الليث» رحمه الله: وإذا حلف لا يشرب شراباً يسكر منه فصب شراباً سكر منه في شراب لا يسكر منه فشرب منه ذكر في «فتاوى أهل سمرقند» رحمهم الله أن هذا المحلوف عليه إن كان بحال لو شرب منه الكثير لسكر يحنث، لأنه شراباً مسكراً.

وإذا عقد يمينه على شرب ما لا يشرب ويخرج منه ما يشرب فيمينه على شرب ما يخرج.

بيانه: فيما ذكر في «المنتقى»: إذا حلف لا يشرب من هذا التمر فشرب من نبيذه يحنث في يمينه، وهذا هو الأصل في مخرج جنس هذه المسائل.

وإذا حلف لا يشرب المسكر فصب المسكر في حلقه فإن دخل حلقه بغير فعله لا يحنث، ولو شرب، ذلك يحنث؛ لأن اليمين لم تنحل بعد، ولو دخل حلقه بفعله يحنث في يمينه، لأنه قد شرب هكذا قيل، وعلى قياس ما ذكر الرستغفني في طلاقه: أن الأكل والشرب عبارة عن عمل الشفاه حتى قال: من حلف لا يأكل وفي فمه شيء ما فبلعه لا يحنث، لأنه لم تعمل الشفاه في ذلك ينبغي أن لا يحنث، وفي هذه المسألة وإن دخل المسكر حلقه بفعله لأنه لم يعمل الشفاه فيه، وكذلك إذا حلف لا يشرب وفي فمه رمانة فمضغها وابتلع ماءها لم يحنث، لأنه لم يعمل الشفاه في ذلك فعلى قياس هذه المسألة ينبغي أن لا يحنث في مسألة المسكر، وإن وصل إلى حلقه بفعله.

حلف لا يشرب من قدح فلان فصب الحالف الماء من قدح فلان على يده وشرب لم يحنث، لأنه لم يشرب من قدح فلان.

حلف لا يشرب من ماء فلان فكان الحالف في مجلس في حانوت المحلوف عليه فاشترى الحالف كوزاً ووضعه في حانوت المحلوف عليه واستسقى أجير المحلوف عليه الماء من النهر بذلك الكوز ووضعه في حانوت المحلوف عليه ليلاً، فلما أصبح الحالف دعا بالكوز وشرب الماء، فإن كان الحالف اشترى الكوز لهذا حتيالاً منه كيلا يحنث أن لا يحنث لأنه حينئذ يصير الأجير عاملاً للحالف، فيصير الحالف شارباً ماء نفسه.

ذكر في «فتاوىٰ أبي الليث» رحمه الله: حلف لا يشرب في هذه القرية فشرب في كرومها لا يحنث في «فتاوىٰ الأصل»، وفي «فتاوىٰ شمس الإسلام»، لأن القرية اسم للعمران وقد ذكرنا في كتاب الطلاق، مسائل شتى على أن القرية اسم للعمران حتى لو كانت الكروم في العمران يحنث أيضاً.

إذا قال: إن شربت الخمر قبل أن أرى الورد الأحمر فكذا، ورأى ورد الأحمر في الشتاء، فقد ذكرنا هذه المسألة في كتاب الطلاق إذا حلف بالفارسية خمر تخو ردويدست

نكيرد الشرب يحنث، لوجود شرط الحنث وهو الأخذ حقيقة، وقد قيل: لا يحنث، لأن الشرط هو الأخذ والشرب فلا يحنث بأحدهما، والصحيح أن يحنث؛ لأن كل واحد منهما يبقى على حدة فصار كل واحد شرطاً على حدة، وقد مر جنس هذا في كتاب الطلاق.

وفي أيمان «المنتقى»: رجل عوتب على شرب الخمر فحلف أن لا يشرب ما يخرج في هذا الكرم فشرب من خمره يحنث، لأنه معاني كلام الناس. رجل قال: إن شربت المسكر تصير امرأتي مطلقة ويصير عبدي حراً، فشرب المسكر بعد ذلك تطلق امرأتهُ وعتق عبده، ولا يصدق بأنه لم يرد به الطلاق والعتاق، وإنما أراد منع أصحابه عن نفسه. حلف أن لا يشرب المسكر ثلاثة أشهر، فقالت له امرأته: أربعة أشهر، فقال: الزوج أربعة أشهر كثير فقد قيل: تصير المدة أربعة أشهر، وقد قيل: لا تصير المدة أربعة أشهر، وهذا بناء على أن الحالف إذا عطف على يمينه بعد سكوته ما يشدد على نفسه أنه يلتحق بيمينه عند أبي يوسف رحمه الله. وإذا عطف على يمينه بعد سكوته ما يوسع على نفسه لا تلتحق بيمينه ثم اختلف المشايخ رحمهم الله في هذة الصورة، أن في ذكر المدة الثانية تشديد عليه أو توسعة عليه فقيل: تشديد من حيث إنه يقع الطلاق بالشرب في الشهر الرابع وهو الأصح.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الكبير»: إذا حلف الرجل أن لا يشرب من الفرات أبداً فشرب منه اغترافاً أو من إناء لا يحنث في يمينه عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يكرع في الفرات كرعاً، وعندهما يحنث والوجه في ذلك: أن الشرب من الفرات حقيقة هو الشرب منه كرعاً، فإن الشرب من الشيء حقيقة أن يضع فاه عليه فيشرب منه بغير واسطة وهذه حقيقة مستعملة في العرف مقدرة في الشرع فإنه روي أن رسول ﷺ مر بفناء قوم، وقال: «هل عندكم ماء بات في شن وإلا كرعنا في الوادي كرعاً»[1] إلا أن في الغالب يراد به الشرب باليد أو الإناء وأنه مجاز فالحقيقة في هذا الباب مستعمل، والمجاز إنما يستعمل إلا إن المجاز أغلب استعمالاً.

والأصل أن الحقيقة إذا كانت مستعملة والمجاز غير مستعمل، أو كان المجاز مستعملاً أيضاً إلا أن الحقيقة أغلب استعمالاً، أو كانا في الاستعمال على السواء فالعبرة للحقيقة، وإن كان المجاز أغلب استعمالاً، فعند أبي حنيفة رحمه الله العبرة للحقيقة، وعندهما العبرة للمجاز فانصرف يمينه إلى الكرع عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الكرع حقيقة مستعملة، وعندهما انصرف يمينه إلى الشرب باليد أو بالإناء، وإن كان مجازاً لأنه أغلب استعمالاً [٣٤٨ب/ ١] ثم على قولهما إذا شرب كرعاً هل يحنث في يمينه؟ لم يذكر هذه المسألة في «الكتاب»، وقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه بعضهم قالوا: لا يحنث

---

(١) أخرجه البخاري في الأشربة حديث ٥٦١٣، وأبو داود في الأشربة حديث ٣٧٢٤، وابن ماجه في الأشربة حديث ٣٤٣٢، وأحمد في المسند ٣/ ٣٢٨، ٣٤٣، ٣٥٥.

لأن المجاز صار مراداً ههنا بالإجماع فلا تبقى الحقيقة مراداً لتعذر والجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد.

وبعضهم قالوا: يحنث في يمينه، وهذا القائل ظن جواز الجمع بين الحقيقة والمجاز عندهما، وليس الأمر كما ظن وليس طريق الحنث عندهما في هذه الصورة لو صح من مذهبهما الحنث الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد، وإنما الطريق العمل بعموم المجاز.

بيانه: وهو أن المنصوص عليه الشرب من الفرات والشرب من الفرات لا يتصور لأنه اسم المكان يجري فيه الماء فيُجعل مجازاً عن شرب الماء الذي يجري في الفرات لكون الفرات محلاً له، ولقيام المجاورة بينهما حال كونه فيه غالباً، ولشرب الماء الذي يجري في الفرات، ومجاورة الفرات طريقان أحدهما: الكرع، والثاني: الاغتراف باليد أو بالإناء فبأي طريق شرب حنث في يمينه، لعموم معنى المجاز لا للجمع بين الحقيقة والمجاز، وهذا كله إذا لم يكن له نيّة فإن نوى الكرع صحت نيته على قولهما في القضاء، وفيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى حقيقة كلام، وإن نوى الاغتراف صحت نيته على قول أبي حنيفة رحمه الله فيما بينه وبين ربه، ولكن لا يصدقه القاضي لأنه نوى المجاز من كلامه، هذا إذا شرب من الفرات كرعاً أو اغترافاً فأما إذا شرب من نهر آخر يأخذ الماء من الفرات كرعاً أو اغترافاً لا يحنث في يمينه عندهم جميعاً.

أما عند أبي حنيفة رحمه الله؛ فلأن يمينه انصرف إلى الحقيقة وهو الشرب من الفرات كرعاً، وأما عندهما فلأنهما إنما عدلا عن الحقيقة لمكان العرف فإن الشرب من الفرات يراد به في العرف الاغتراف من الفرات، أما لا يراد به الشرب من نهر مُتخذ من الفرات فلا يكون الشرب من نهر آخر داخلاً في اليمين.

ولو حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من الفرات كرعاً أو اغترافاً بيد أو آنية يحنث في يمينه عندهم جميعاً، وكذلك لو شرب من نهر آخر يأخذ الماء من الفرات يحنث عندهم جميعاً في ظاهر الرواية. وروي عن أبي يوسف رحمه الله في غير رواية الأصول أنه إذا شرب من نهر آخر يأخذ الماء من الفرات لا يحنث، فإن كان نوى في قوله لا يشرب من الفرات لا أشرب من ماء الفرات هل تصح نيته حتى لو شرب من نهر آخر يأخذ الماء من الفرات يحنث. لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل.

وحكي عن الفقيه أبي بكر الأعمش أنه قال: تصح نيته لأنه نوى ما يحتمله لفظه وغيره من المشايخ قالوا: لا تصح نيته لأن الماء غير مذكور نصاً، بهذا الطريق لم تصح نية الثلاث في قوله: أنت طالق وإن صار الطلاق مذكوراً لأنه غير مذكور نصاً.

وإذا حلف لا يشرب من ماء الفرات فصب ماء الفرات في واد لم يتخذ من الفرات إن كان ماء الفرات غالباً يحنث، وإن كان ماء الفرات مغلوباً لم يحنث. هكذا ذكر المسألة في «الجامع» من غير ذكر خلاف، وذكرنا في أول هذا النوع أن المحلوف عليه إذا اختلط بجنسه فعلى قول أبي يوسف رحمه الله هو كالجنس يعتبر الغالب في ذلك، وقد

قال محمد رحمه الله: يحنث وإن كان مغلوباً فيحمل ما ذكرنا في «الجامع» على أنه قول أبي يوسف رحمه الله، أو على رجوع محمد إلى قول أبي يوسف رحمهما الله.

ولو حلف لا يشرب من ماء فرات أو حلف لا يشرب ماءً فراتاً فأي ماء عذب شرب حنث في يمينه، لأنه جعل الماء صفة للفرات ههنا حيث ذكر الفرات منكراً كما ذكر الماء منكراً والفرات إذا صار صفة للماء يراد به العذب، قال الله تعالى ﴿وَأَسْقَيْنَٰكُم مَّآءً فُرَاتًا﴾ [المرسلات: ٢٧] أي: ماءً عذباً. فصار كأنه نص، قال: لا أشرب ماء عذباً بخلاف قوله لا أشرب من ماء الفرات؛ لأن هناك ما جعل الفرات صفة للماء، ألا ترى أنه ذكر الفرات مورياً بالكلام، وذكر الماء منكراً بل أضاف الماء إلى نهر مسمى بالفرات، فإن الفرات إذا ذكر مع الألف واللام يراد به نهر الفرات فقد عقد يمينه على شرب ماء نهر الفرات فلا يحنث بشرب ماء نهر آخر.

ولو حلف لا يشرب من هذا الكوز أبداً، وصب الماء الذي في الكوز في كوز آخر وشرب منه لا يحنث في يمينه بالإجماع. ولو قال: لا أشرب من هذا الكوز وصب الماء الذي في الكوز في كوز آخر فشرب منه يحنث في يمينه، لأنه عقد يمينه على الماء الذي في الكوز وإن صب في كوز آخر لا يخرج من أن يكون ذلك الماء بخلاف قوله لا أشرب في هذا الكوز؛ لأن هناك عقد يمينه على الشرب من الكوز ولم يشرب من ذلك الكوز.

وفي «القدوري»: ولو حلف لا يشرب من ماء دجلة لم يحنث عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يكرع منه كرعاً بمنزلة قوله: لا أشرب من الدجلة. لأنه نصّ على الشرب من النهر، لأن قوله من دجلة، قوله لا أشرب. ولو حلف لا يشرب من هذا الجُب وفي هذا البئر. ذكر في القدوري مسألة الجب وذكر أنه لا يحنث عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يكرع منه كرعاً، أو ذكر مسألة البئر وذكر أنه إذا استسقى وشرب يحنث.

وحكي عن أبي سهل. . . .[1] رحمه الله أنه كان يقول: إن كان الجب والبئر ملآناً يمكن الكرع منه فيمينه على الكرع، وعند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على الاغتراف، وفي الكرع اختلاف المشايخ رحمهم الله على قولهما على حسب ما ذكرنا في الفرات.

قال: وإن لم يكن ملآناً فيمينه على الاغتراف، أما عندهما فظاهر، وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأن العمل بالحقيقة غير ممكن ههنا بوجه من الوجوه فكانت الحقيقة مهجورة فينصرف يمينه إلى المجاز، فإنه لو نزل في هذه الصورة وكرع في أسفل البئر أو من أسفل الجب، اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه لا يحنث؛ لأن الحقيقة إنما كانت مهجورة وقت اليمين فانصرف يمينه إلى المجاز [٣٨٥أ/١] وقت وجودها، فلا ينصرف إلى الحقيقة بعد ذلك، لو حلف من ماء المطر. . .[1] الرحلة من ماء المطر فشرب لا يحنث، وإذا حلف لا يشرب من ماء وادي سال المطر لم يكن فيه ماء قبل ذلك، وشرب من ماء المطر. . .[1] يحنث.

---

(١) بياض بالأصل.

وإذا حلف لا يشرب بغير إذن فلان فأعطاه فلان بيده ناول، ولم يأذن له باللسان وشرب ينبغي أن يحنث، وهذا ليس بإذن بل هو دليل الرضا.

نوع آخر
في الذوق

إذا حلف الرجل لا يذوق طعاماً فأكل شيئاً من الطعام يحنث، وكذلك إذا حلف لا يذوق شراباً، فشرب شيئاً من ذلك يحنث، ولو حلف لا يأكل طعام أو حلف يشرب شراباً فذاق شيئاً من ذلك لا يحنث، والفرق أن في الفصل الأول عقد يمينه على الذوق، وفي الأكل والشرب ذزق وزيادة، وفي الفصل الثاني: عقد يمينه على الأكل والشرب، ولا يتحقق بالذوق بيانه: أن الأكل والشرب لا يتحقق إلا بالإيصال إلى الجوف، والذوق يتحقق بدون الإيصال إلى الجوف، لأن الذوق إدخال الشيء في فمه لاستبانة طعمه، والإدخال في الجوف لازم فيه.

وإذا حلف لا يذوق طعاماً وعنى بالذوق الطعام، وحلف لا يذوق شراباً وعنى بالذوق الشرب ذكر في «الأصل» أنه لا يحنث حتى يأكل أو يشرب، وذكر «القدوري» أنه تصح نيته فيما بينه وبين ربه ولا تصح نيته في القضاء؛ لأنه نوى خلاف الحقيقة.

وروى هشام عن محمد رحمه الله: أن من حلف لا يذوق...[1] طعاماً ولا شراباً فذاق منه شيئاً أدخله فمه ولم يصل إلى جوفه حنث في يمينه على الذوق حقيقة لا أن...[1] كلام.

وتفسير ذلك: أن يقول له غيره تعال تغدى عندي اليوم فحلف لا يذوق في منزله طعاماً ولا شراباً فهذا على الأكل والشرب.

وعن محمد فيمن حلف لا يذوق الماء فمضمض للصلاة لا يحنث، وهذا لما ذكرنا أن الذوق إدخال الشيء في فيه لاستبانة طعمه، والمضمضة إدخال الماء في الفم للتطهير لا لاستبانة طعمه.

وإذا قال: لا أذوق طعاماً ولا شراباً فذاق أحدهما حنث، وكذلك إذا قال: لا آكل كذا وكذا فأكل أحدهما، وكذلك إذا قال: لا أشرب كذا وكذا فشرب أحدهما.

ولو قال: لا أذوق طعاماً ولا شراباً فذاق أحدهما لم يحنث، وكان أبو القاسم الصفار يقول: يحنث إذا ذاق أحدهما، وكان يقول: يعتبر العرف في هذا، وفي العرف يراد به نفي كل واحد منهما، وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله بنية الحالف، وإن لم تكن له نية فالجواب كما في الكتاب وعد من جنس هذا فيما تقدم.

نوع آخر
في الغداء والعشاء والسحور

إذا حلف لا يتغدى فاعلم بأن التغدي عبارة عن الأكل الذي يقصد به إذا الشبع،

---

(١) بياض بالأصل.

والتعشي كذلك، والمعتبر في ذلك العادة في كل بلد، حتى أن المصري في العادة إذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لا يحنث، والبدوي بخلافه؛ لأنه غداء في البادية.

قال في «القدوري»: ولو أكل غير الخبز من أرز وتمر حتى سبع لم يحنث، وقال أبو يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله: الغداء في مثل الكوفة والبصرة على الخبز، وكذلك والهرشة والفالوذج تعتبر في ذلك عادة الحالف. والغداء من طلوع الفجر إلى الزوال، والعشاء من الزوال إلى نصف الليل، والسحور ما بعد نصف الليل إلى طلوع الفجر.

فإذا حلف لا يتغدى فأكل بعد الزوال لا يحنث، وإذا حلف لا يتعشى فأكل بعد نصف الليل لا يحنث؛ لأنه تسحر وما تعشى، ومقدار الغداء والعشاء أن يأكل أكثر من نصف الشبع، فإذا حلف أنه لم يتغدَ، قد كان أكل شيئاً يسيراً أقل من نصف الشبع لا يحنث.

وإذا حلف ليغدينه بألف درهم فاشترى رغيفاً بألف درهم وغداه به فقد برّ في يمينه، وهو نظير ما لو حلف أن يعتق عبداً بألف درهماً فأعتق عبداً قليل القيمة وقد اشتراه بألف درهم فقد برّ في يمينه. وإذا حلف لا يذوق من هذا التمر فشرب من نبيذه لا يحنث. لا التمس عقدت على ما . . .(١) فيه الذوق تعينه فلا ينصرف إلى ما يتخذ منه، وقد ذكرنا نظير هذا في الأكل والشرب.

نوع آخر
في الجماع وما يتصل به في المضاجعة وغيرها

إذا حلف الرجل لا يقرب امرأته فاستلقى على قفاه، فجاءت المرأة وفضت. . .(١) منه لا يحنث في يمينه هكذا ذكر في أيمان «النوازل» في حدود «النوازل» أنه يحنث في يمينه، قال الصدر الشهيد رحمه الله: والفتوى على الحنث، ولو كان نائماً فلا يحنث.

وفي «نوادر بشر»: عن أبي يوسف رحمه الله: إذا حلف الرجل لا يغشى هذه المرأة وهو يغشاها، فإن أقام على حاله فلا يحنث، وإن أخرج الميل ثم أدخله يحنث.

وفي «النوازل» إذا قال الرجل: امرأته طالق إن لم يكن جامع فلانة ألف مرة فهذا على كثرة العدد لا على كمال الألف؛ لأن الألف يذكر ويراد به الكثرة ولا تقدير فيه، قالوا أو استغفر كثيراً، قال تعالى: ﴿إِن تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ سَبْعِينَ مَرَّةً﴾ [التوبة: ٨٠] وأراد به الكثرة.

وفي كتاب «الحيل»: المقيم إن حلف على امرأته في شهر رمضان أن يجامعها في يومه ذلك، فالحيلة في ذلك أن يخرج الزوج مع امرأته من البلدة يقصدان مسيرة ثلاثة أيام، فإذا خرجا جامعها، ثم يرجعان ولا يضره الرجوع، وإذا كان حين خرج قصد مسيرة سفر.

---

(١) بياض بالأصل.

وفي آخر «القدوري»: إذا حلف لا يرتكب حراماً فهذا على الروايات كان الحالف خصياً أو محبوباً فهو على القبلة الحرام وما أشبهها دخل. . .[١] أمر امرأته بالحرام فقال الزوج: أكثر ما [٣٨٥ب/١] مكسال حرام كنم فأنت طالق فلها أن تُمكِّن نفسها منه ما لم تعاني نفس الجماع بتداخل الفرجين، ويعرف أنها ليست بزوجة له، ولا مملوكة له بملك اليمين أو يشهد عندهما أربعة من العدول على ذلك؛ لأن في العرف يراد بهذا الزنا، والزنا لا يثبت إلا بأحد هذين الأمرين وإن اتهمته بأن وقع عندهما ريبة حلفته عند الحاكم فإن حلف وسعها المقام معه، ولو أقرّ بالزنا مرة يلزمه الحنث ولا يسعها المقام معه.

قال لامرأته: أكربا لسي خرام كنى بر اطلاق ثم إن هذا الرجل طلقها واحدة بائنة وجامعها في عدتها فعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقع بناء على أن عند أبي يوسف رحمه الله العبرة في باب الأيمان للغرض والغرض من هذه اليمين فعلها مع غيره، والحامل عليه هذا وهما يعتبران عموم اللفظ قيل: وينبغي أن لا يقع الطلاق في هذه الصورة بالاتفاق؛ لأن الطلاق معلّق بالحرام، والحرام إذا ذكر مطلقاً ينصرف إلى الزنا، ووطء الزوج في العدة ليس بزنا.

وفي «عيون المسائل»: امرأة اتهمت زوجها بالغلمان فحلفته أن لا يأتي حراماً فقبل غلاماً له أو لمسه بشهوة لا يحنث، ولو جامعه فيما دون الفرج يحنث وإن لم ينزل لأنه يراد بالحرام ههنا الجماع عرفاً في الفرج، وقيل: ينبغي أن لا يحنث ههنا، لأن مثل هذه الأفعال مع غلامه مباح عند مالك فتتمكن الشبهة ومع الشبهة لا يتمحض حراماً.

وفي «فتاوى الفضلي»: إذا قال لامرأته: أكر حرام كرده وتراسه طلاق وقد كانت قبلّت رجلاً غير محرم أو جامعها فيما دون الفرج لا تطلق امرأته، لأنه يراد بهذا الجماع في الفرج عادة، وهذه الرواية بخلاف رواية «العيون». وإذا قال لامرأته: إن جامعتك فكذا فيمينه على الجماع في الفرج، حتى لو جامعها فيما دون الفرج لا يحنث في يمينه، هكذا ذكر في أيمان «الجامع»، وهذا لأنه غلب استعمال الجماع المضاف إلى المرأة في الجماع في الفرج فصار الجماع المضاف إلى المرأة بحكم غلبة الاستعمال صريحاً في الجماع في الفرج، فمطلقه ينصرف إليه. وإن قال: عنيت الجماع فيما دون الفرج صدقه القاضي في إدخال الجماع فيما دون الفرج بحنث اليمين ولا يصدقه في إخراج [الجماع] في الفرج عن اليمين، وكان ينبغي أن يصدقه القاضي في خروج الجماع في الفرج عن اليمين، لأنه نوى حقيقة كلامه لأن الجماع مأخوذ من الجمع، وقد وجد معنى الجمع في الجماع فيما دون الفرج، ومن نوى حقيقة كلامه يصدق ديانة وقضاءً، وإن كان ما نوى خلاف الظاهر.

ألا ترى أنْ من قال لعبده: أنت حرّ يوم يقدم فلان وعنى ببياض النهار صدق قضاءً، وطريقه ما قلنا.

---

(١) بياض بالأصل.

والجواب وهو الأصل في جنس هذه المسائل: أن الكلام إذا كان له حقيقة ومجاز، وهو ينصرف إلى المجاز عند الاطلاق بحكم غلبة الاستعمال فنوى المتكلم حقيقته فالقاضي يصدقه كما في مسألة القدوم. فإن اليوم في حقيقة اللغة لبياض النهار وللوقت مجاز يعرف الاستعمال متى ذكر مقروناً بفعل لا يتقيد باليوم فإذا نوى بياض النهار فقد نوى حقيقة كلامه فيصدقه القاضي. فأما إذا كان الكلام حقيقتين وهو ينصرف إلى أحديهما بحكم غلبة الاستعمال، فنوى المتكلم الحقيقة الأخرى فالقاضي لا يصدقه؛ لأن الحقيقة التي انصرف إليها الكلام عند الإطلاق ترجحت على الأخرى بحكم غلبة الاستعمال يسقط اعتبار الأخرى وصارت الأخرى، كالمجاز من حيث الاعتبار، ولو كان مجازاً حقيقة لا يصدقه القاضي في دعواه فكذا إذا صار مجازاً من حيث الاعتبار.

وفي آخر أيمان «القدوري»: إذا حلف لا يطأ امرأة وطئاً حراماً فوطىء امرأته وهي حائض، أو كان ظاهر منها لم يحنث إلا أن ينوي ذلك؛ لأن الوطىء في نفسه ليس بحرام، وإنما ثبتت الحرمة بعارض وفي أيمان «المنتقى» رواية مجهولة إذا حلف لا يرتكب من فلانة محرماً فجامعها أو قبلها بشهوة أو غير شهوة إنه يحنث في يمينه، وإن لمسها إن كان بشهوة يحنث، وإن كان بغير شهوة لا يحنث.

إذا قال لها: إن حللت الليلة بالحرام. . . . .[1] امرأتي فأنت طالق وقد كان أخذها رجل قبل ذلك ووطئها على كره منها. قال: إن كان الإكراه بحال لا تقدر على الامتناع منه تطلق لأنه وجد منها الفعل، هكذا روي في «النوازل».

وفيه أيضاً: إذا حلف المرأة بهذه العبارة بالله كه حرام ني كرد ستم وعيب إنها لم تحرم الزنا إنما الله هو الذي حرم الزنا، وقد كانت فعلت ذلك لا يحنث لأنه نوى ما يحتمله. وإن كان الحالف رجلاً وحلفت بالله فكذلك الجواب، وإن حلف بالطلاق والعتاق صدق ديانة لا قضاء.

وفي «فتاوى الفضلي» رحمه الله: إذا قال لها: إن فعلت حراماً فأنت طالق، ثم إنها أجرت كلمة الكفر بلسانها ولم يعلما بوقوع الفرقة حتى أقاما على ذلك لم يحنث الزوج لأن يمينه انصرف إلى الزنا وهما أقاما على تأويل النكاح فلم يكن زنا. وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله إذا قال: إن اغتسلتُ من الحرام فامرأته طالق فعانق أجنبية وأنزل لا يحنث، لأن هذا يقع على الجماع.

وفي «العيون»: إذا قال لامرأته: إن اغتسلت منك من جنابة فأنت طالق، فجامعها وقع الطلاق، وإن لم يغتسل لأن هذا اللفظ صار كناية عن الجماع حكاية.

قال: إن جامعتك فأنت طالق، وفي موضع آخر إذا قال لها: إن اغتسلت منك إلى شهر فكذا جامعها في المفازة فحينئذ يمينه يقع على الجماع.

وفي «النوازل»: سكران دعا امرأته إلى فراشه فقال: السكران إن امتثلت أمري

---

(١) بياض بالأصل.

وساعدتني وإلا فكانت طالق ثلاثاً فإن ساعدته بعد أن دعاها في المستقبل لم يحنث، وإن لم تساعده بعد أن دعاها في المستقبل حنث، لأن قوله إن امتثلت [٣٨٦أ/ ١] أمري يمين واليمين يقتضي شرطاً في المستقبل، فكان شرط وقوع الطلاق ترك الامتثال لأمر يوجد منه في المستقبل. قال لامرأته بالفارسية: أكر من بامكسال ديب حرار كنم ينو فكذا لم يجامعها فيما دون الفرج لا يحنث لأنه يراد بهذا الجماع عادة، وقد مرّت هذه المسألة في كتاب الطلاق في فصل الإيلاء.

وفي «فتاوى الفضلي» رحمه الله: إذا حلف لا يفتح السراويل على امرأته، فإن أراد الجماع فيمينه على الجماع، وإن لم يرد الجماع، إن فتح السراويل لأجل البول فجامعها لا يحنث، لأنه لم يفتح السراويل عليها لأن فتح السراويل عليها أن يفتح ليجامعها.

إذا قال لامرأته وهي في بيت أمها: إن لم تجيئي بيتي الليلة حتى أجامعك فكذا، فجاءت بيته ولم يجامعها، قال أبو يوسف رحمه الله: يحنث، وقال محمد رحمه الله، لا يحنث: وقد مرّ جنس هذه المسائل في كتاب الطلاق.

حلف أن لا يحل التكة في. . . . .[1] فجامع من غير حل التكة ينظر إن نوى غير حل التكة لا يحنث، ويصدق ديانة وقضاءً لأنه نوى حقيقة كلامه. وإن نوى الجماع يحنث. . . . . .

وفي «فتاوى أهل سمرقند» رحمهم الله: دخل إليهم بصبي فقال بالفارسية، أكر من با أربا حفاضي فامرأته كذا وقد كان قبله طلقت امرأته.

حلف أن لا يفعل حراماً فتزوج امرأة نكاحاً فاسداً ودخل بها لا يحنث. لأنه ليس بحرام مطلق.

وفي «العيون»: إذا حلف بطلاق امرأته أن لا ينظر إلى حرام فنظر إلى وجه امرأة أجنبية لا يحنث، لأن النظر إلى وجه الأجنبية ليس بحرام. ولو قال: إن أتيت حراماً فكذا، فأتى بهيمة فلا حنث عليه، إلا أن يكون ثمة دليل يدل على إرادته ذلك. إذا حلف لا يقبل فلاناً فقبل يدهُ أو رجلهُ، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه منهم من قال: لا يحنث، وهو على الوجه خاصة، ومنهم من فصّل بين الملتحي وغير الملتحي فقال: إن عقد يمينه على ملتحي يحنث، وإن عقد يمينه على غير الملتحي لا يحنث، ومنهم من قال: إن عقد يمينه بالفارسية لا يحنث، إلا بالتقبيل على الوجه؛ لأنه لا يتفاهم منه الناس بالفارسية إلا التقبيل على الوجه، وإن عقد يمينه على العربية فهو على التفصيل بين الملتحي وغير الملتحي، والأول أظهر وأصح؛ لأن من قبّل يد إنسان لا يقال قبلّه.

قال لامرأته: إن قبلت أحداً فأنت طالق فقبلته تطلق.

رجل حلف رجلاً أن يطعه في كل ما يأمره وينهاه نهى ذلك عن جماع امرأته فجامع لم يحنث، إذا لم يكن هناك سبب يدل عليه؛ لأن الجماع لا يراد هذا اليمين عادةً.

---

(١) بياض بالأصل.

رجل قال لامرأته: أكر من انجبرار نفر أرتواكس بكارا مدة باشد فأنت طالق ثلاثاً فهذا على الوطء حلالاً كان أو حراماً حتى لو كان زنى بامرأة أو وطئها بنكاح طلقت امرأته.

رجل قال لآخر: أكر بخايد ان توايد دخنانت كنم فكذا ثم إن ذلك الرجل طلقت امرأته، ثم إن الحالف. فارقها حكى فتوى شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله: إن فعل ذلك قبل انقضاء العدّة يحنث، وإن فعل ذلك بعد انقضاء العدة لا يحنث، سئل شمس الإسلام هذا رحمه الله عن رجل دعا امرأته إلى الفراش فأبت فقال الزوج: إن نمت معك إلى الخريف فأنت طالق فنام معها قبل الخريف، قال: إن نام معها وجامعها طلقت، وإن لم يجامعها لا تطلق، وهذا بناء على أن يمينه وقعت على الجماع عرفاً فإن عاد فقد ذكرنا في مسائل الإيلاء: أنّ من قال لامرأته: أكرنا بوا حسم فأنت طالق ثلاثاً ولم ينو نفس اليوم أنه مولى حلف أنه لم يلط وقد كان لاط في صغيرة يحنث في يمينه قيل إنك تفعل بامرأة فلان كذا وكذا وكانت امرأة فلان على السطح وامرأة أخرى على سطح آخر والسطوح متصلة بعضها ببعض، فقال الرجل: إن فعلت بتلك المرأة كذا وكذا فامرأته طالق وأشار بأصبعه إلى المرأة الأخرى، وكان ذلك في ليلة مظلمة فلم ير أصحابه ذلك وقد كان الحالف فعل بامرأة فلان ذلك الفعل طلقت امرأته قضاءً؛ لأن كلامه انصرف إلى تلك المرأة ظاهراً لخروجه عقيب ذكر تلك المرأة. وبعض مسائل هذا النوع مذكورة في كتاب الطلاق، وسيأتي شيء منه في المتفرقات.

نوع آخر
في اللبس

وفيه مسائل الغزل والنسج والكسوة والخياطة والقطع:

إذا حلف الرجل لا يلبس ثوباً أو حلف لا يشتري ثوباً فيمينه على كل ملبوس يستر العورة وتجوز الصلاة فيه، وهذا لأن الثوب لغة اسم لما يلبس، إلا أنه إذا أطلق هذا الاسم يراد به ملبوس يستر العورة وتجوز الصلاة معه، وكل ملبوس هو بهذه الصفة كان داخلاً تحت اليمين حتى لو اشترى منسجاً أو بساطاً أو طنفسة ولبسها لا يحنث في يمينه لأن البساط والمنسج يُفرش ولا يُلبس فلا يدخل تحت اسم الثوب. ولو اشترى.... (١) أو طيلسان ولبسهما يحنث في يمينه لأنه مما يلبس فيدخل تحت اسم الثوب هكذا ذكر المسألة في «الأصل».

وذكر في «المنتقى»: إذا حلف لا يشتري ثوباً أو حلف لا يلبس ثوباً فاشترى منسجاً أو طنفسة أو وسادة ولبسها يحنث في المشترىٰ ولا يحنث في اللبس ورواية «المنتقى» في فصل الشراء تخالف رواية «الأصل». ولو اشترى فرواً أو لبس فرواً يحنث في يمينه فاسم الثوب ينطلق على الفرو ذكره في «الأصل».

---

(١) بياض بالأصل.

وفي «السّير الكبير» في باب الاستثناء في النقل ولو اشترىٰ قلنسوة أو لبس قلنسوة لا يحنث في يمينه لأن اسم الثوب لا ينطلق عليه، ولو اشترى ثوباً. . . .[1] يحنث في يمينه هكذا ذكر في «الأصل». قالوا: إن أراد بهذا أن يكون يستر العورة أو لا تستر وتجوز الصلاة، وكذا إذا اشترى خرقة ولا تكون نصف ثوب لا يحنث، لأنه لا يستر العورة وإن اشترى أكثر من نصف الثوب يحنث لأن اسم الثوب ينطلق على أكثر من نصف الثوب ولأنه يستتر به العورة. وفي «القدوري»: إذا حلف الرجل لا يلبس ثوباً من غزل فلانة فقطع بعضه وإن بلغ ما قطع إزاراً أو رداءً أو سراويلاً حنث في يمينه بلبسه، وإن كان بخلافه فلا حنث والمعنى [٣٨٦ب/ ١] ما ذكرنا.

قال ثمة: وكذلك المرأة إذا حلفت أن لا تلبس ثوباً فلبست خماراً أو مقنعة لم تحنث إذا لم يبلغ مقدار الإزار وإن بلغ حنثت وإن لم يستر به العورة.

وعلى هذا: إذا حلف لا يشتري لامرأته ثوباً أو حلف بالفارسية دن حاقة تجر فاشترى لها خماراً أو مقنعة لا يحنث في يمينه.

وإذا حلف لا يلبس ثوباً فلبس لفافة لا يحنث في يمينه لأن اللفافة لا تسمى ثوباً، وعلى قياس الخمار ينبغي أن يحنث إذا كانت اللفافة تباع مقدار الإزار. وإن لبس عمامة روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه لا يحنث، ولا يجري في الكفارة، وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يحنث إلا أن تكون عمامة إن فلتها كانت إزاراً أو رداءً أو يقطع من مثلها سراويلاً فهذا يحنث ويجري في الكفارة، وهكذا ذكر القدوري في «كتابه».

وروى هشام عن أبي يوسف رحمه الله الحنث في العمامة من غير فصل، ويجوز أن تكون رواية هشام محمولة على عمامة تبلغ إزاراً ورداءً أو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله محمولة على عمامة لا تبلغ إزاراً ورداءً.

وفي «السير الكبير» في باب الاستثناء في النقل أن اسم الثوب لا ينطلق على العمامة والقلنسوة والخف، وذكر شيخ الإسلام في «شرحه» أن هذا الجواب في العمائم في عمائم العرب لأنها متغيرة لا يجيء منها ثوب كامل، فأما في عمامتنا فبخلافه.

إذا حلف لا يلبس قميصاً فاتزر بقميص أو ارتدى بقميص لا يحنث في يمينه.

الأصل في جنس هذه المسائل أن من حلف على لبس ثوب لا بعينه لا يحنث ما لم يوجد منه اللبس المعتاد فيه، وإن حلف على لبس ثوب بعينه فعلى أي حال لبسهُ يحنث في يمينه، وهذا بناءً على أصل معروف يأتي في مسائل بعد هذا أن الوصف في غير المعين معتبر وفي المعين غير معتبر ولبس القميص بصفة مخصوصة متعارف والمتعارف كالمنصوص عليه، فإذا لم يعين قميصاً انصرف يمينه إلى اللبس المعتاد اعتباراً للصفة في غير المعين، فما لم يوجد اللبس المعتاد لا يحنث في يمينه، وإذا عين القميص انصرف يمينه إلى اللبس المطلق إلغاء للوصف في المعين فعلى أي حال لبسه يحنث في يمينه.

وعلى هذا إذا حلف لا يلبس هذه العمامة فألقاها على عاتقه يحنث، ولو كانت

---

(١) بياض بالأصل.

العمامة بغير عينها لا يحنث ذكر مسألة العمامة والقميص في «الجامع».

وفي «الأصل»: إذا حلف لا يلبس ثوباً فوضعه على عاتقه يريد حمله لا يحنث لأنه حامل وليس بلابس، وهذه المسألة تخالف رواية «الجامع» في مسألة القميص.

وإذا حلف لا يلبس خباء أو هذا الخباء فوضعه على كتفه ولم يدخل يديه فيه:

ففي الوجه الأول اختلف المشايخ بعضهم قالوا: لا يحنث على قياس ما ذكر في المناسك أن المحرم إذا فعل هكذا لا كفارة عليه.

ووجه الاستدلال به: أن محمد رحمه الله لم يجعلهُ لابساً إذ لو جعله لابساً لأوجب عليه الكفارة وبعضهم قالوا: يحنث في يمينه، لأن الخباء هكذا يلبس أيضاً.

وفي الوجة الثاني: يحنث بلا خلاف لأن اللبس المعتاد في المشار إليه غير معتبر على ما مرَّ.

وإذا حلف لا يلبس خباء أو حلف لا يلبس هذا الخباء فوضعه على اللحاف حالة النوم لا يحنث هكذا حكى ظهير الدين رحمه الله فتوى عمه شمس الإسلام رحمه الله وروايته في المعين يخالف الرواية. وإذا حلف لا يلبس ثوباً جديداً فالمروي عن محمد رحمه الله أن الجديد مالم ينكسر حتى يصير يشبه الخلق.

وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في «واقعاته»: أن الثوب مثل الغسل يجب أن يكون جديداً وبعده لا اعتبار للعرف. وإذا حلف لا يلبس قميصاً يلبس قميصاً ليس له كمان ولم تكن له نية حين حلف فإنه يحنث في يمينه، وكان يجب أن لا يحنث لأن الكم صفة من أوصاف القميص والصفة في الفائت معتبرة حتى أن من حلف لا يدخل داراً فدخل داراً مهدومة لا يحنث في يمينه؛ لأن البناء صفة من أوصاف الدار.

ووجه الفرق بينهما: أن اسم القميص يثبت للثوب وإن لم يكن له كمان الأصل بأن يقال: قميص ذو كمين، وقميص لا كم له، ويقال: اشترىٰ للقميص كماً يسميه قميصاً وإن لم يكن له كم من الأصل فإذا لم يكن وجود الكم في القميص شرطاً لثبوت هذا الاسم في الابتداء فزواله لا يوجب زوال الاسم بوجه ما كان الاسم بدون الكم قائماً من كل وجه فيحنث في يمينه بخلاف الدار، وذلك لأن اسم الدار للأرض لا يثبت بدون البناء فإن الأرض الذي لم يكن عليه بناء الدار في الأصل لا يسمى داراً وإنما يسمى أرضاً، فإذا كان وجود البناء شرطاً لثبوت اسم الدار فزواله يوجب نقصاناً في الاسم فلا يدخل فلا يجب بحسب مطلق الاسم.

فإذا حلف لا يلبس من غزل فلانة ولا نية له فلبس ثوباً نسج من غزل فلانة يحنث في يمينه؛ لأنه عقد يمينه باللبس على عين غير ملبوس فينصرف يمينه إلى ما يصنع منه مجازاً، فإن كان نوى عين الغزل لا يحنث بلبس الثوب لأنه نوى حقيقة كلامه فصحت نيته وصارت الحقيقة مراداً فلا يبقى المجاز مراداً ولبس غير الغزل لا يحنث إلا أن يعينه لأن اليمين انصرف إلى غزل منسوج إذا لم يكن له نية.

وعلى هذا إذا حلف لا يلبس قطناً ولا نيّة له فلبس ثوب قطن يحنث في يمينه، ولو

لبس قباء ليس بقطن وحشوه قطن لم يحنث إلا أن ينويه لأن اليمين انصرف إلى قطن منسوج [٣٨٧ب/١] وما في الكتاب ليس بمنسوج، فلا يحنث به؛ إلا أن ينوي عين القطن، فحينئذ يحنث كما في مسألة الغزل.

ولو حلف لا يلبس ثوباً من غزل فلانة، فلبس ثوباً من غزل فلانة وغزل غيرها حيث لا يحنث في يمينه.

والفرق: أن في قوله: لا ألبس غزل فلانة شرط الحنث أن يلبس من غزلها، وقد لبس من غزلها؛ لأن اسم الغزل ينطلق على القليل، كما ينطلق على الكثير، وفي قوله: لا ألبس ثوباً من غزل فلانة، شرط الحنث لبس ثوب من غزل فلانة، ولم يلبس ثوباً من غزل فلانة إنما يلبس ثوباً بعضه من غزل فلانة، فلهذا لم يحنث.

وفي «المنتقى»: بالغ في بيان هاتين المسألتين، فروي عن محمد رحمه الله: أنه إذا حلف لا يلبس من غزل فلانة، فخلط غزلها بغزل غيرها في ثوب ولبسه قال: يحنث وإن لم يكن فيه من غزلها جزء من مائة جزء. ولو قال: لا ألبس ثوباً من غزل فلانة لم يحنث، وإن كان فيه من غزل غيرها.

وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا حلف لا يلبس ثوباً من غزل فلانة، فلبس ثوباً من غزل فلانة فيه رقعة من غزل غيرها حنث، وكذلك لو لبس قميصاً من غزل فلانة فيه لبة من غزل غيرها أو أزراره من غزل غيرها، وكذلك لو لبس ثوباً من غزلها، وعليه علم من غزل غيرها، ولم يُنسج ثوب من غزلها وغزل غيرها إلا أن غزل غيرها في آخر الثوب وفي...[1] فقطع غزلها من ذلك، ولبس القطعة التي من غزل المحلوف عليها فإن كانت تباع إزاراً أورداء حنث، وإن كانت لا تباع ذلك لا يحنث وإن قطعه سراويلاً ولبسه يحنث، وإن لبس ذلك الثوب قبل أن يقطع منه ما نسج من غزل غيرها، فإنه لا يحنث، قال: ولا يشبه هذا العلم، وإذا حلف لا يلبس من غزل فلانة، فلبس ثوباً خيطه من غزل فلانة، لا يحنث في يمينه، وكذلك لو لبس ثوباً فيه مسلكة من غزل فلانة، لا يحنث في يمينه.

ولو لبس تكّة من غزلها، لم يحنث عند محمد رحمه الله، وعند أبي يوسف رحمه الله يحنث، قال الصدر الشهيد رحمه الله: وبقول محمد رحمه الله يفتى لأنه لا يُعد لابساً بلبس التكة، ورأيت في «المنتقى» رواية إبراهيم عن محمد رحمه الله: أنه يحنث في يمينه في التكة، وفي الزود والعروة ويقال بالفارسية ازكه وسا مكحه، لا يحنث، وكذلك في الزيق واللبة ويقال بالفارسية حشك وره كدينار، لا يحنث، هكذا في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله.

وذكر القدوري رحمه الله فصل اللبة، كما ذكره الفقيه أبو الليث رحمه الله، ورواه عن محمد رحمه الله، وذكر في «المنتقى» رواية مجهولة أن في اللبة يحنث، وفي الزيق لا

---

(١) بياض بالأصل.

يحنث، وروي عن محمد رحمه الله. . . .[١] ويقال بالفارسية نشنان أنه، إذا كان من غزلها يحنث في يمينه، والصدر الشهيد رحمه في «واقعاته» اختار الحنث في الزيق واللبة لأنه لابس لهما، قاسه على مسألة الرقعة. وذكر شيخ الإسلام رحمهم الله في شرح أيمان «الأصل» أن في، الدخريص واللبة يحنث في يمينه لأن في الدخريص يصير ملبوساً بلبس القميص، واللبة كذلك فأما الزر والعروة لا يصير ملبوساً بلبس القميص، فلهذا افترقا، وعن أبي يوسف رحمه الله إذا رقع في ثوبه من غزل فلانة شبراً في شبر حنث.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: إذا أخذ الحالف من غزل فلانة خرقة، قدر شبرين، ووضع على عورته لا يحنث؛ لأنه بهذا الاسم لا يسمى لابساً، ولو لبس قلنسوة يحنث، لأنه يُسَّمى لابساً لهما.

إذا حلف لا يلبس من غزل فلانة، فلبس ثوباً من غزلها فباع الذيل إلى السرة، ولم يدخل يديه في كُميه، ورجلاً تحت اللحاف حنث في يمينه.

في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: وإذا حلف الرجل لا يلبس خزاً، أو حلف لا يلبس ثوباً من خز، فلبس ثوباًمن هذا الذي يسميه الناس خزاً يريد به ثوباً لحمتة خز سداه ليس بخز، أو على العكس، يحنث في يمينه، وهذا الجواب ظاهر في قوله لا ألبس خزاً مُشكل في قوله لا ألبس ثوباً من خز، لأن شرط الحنث في هذه الصورة، لبس ثوب من خز، وإذا لم يكن خزاً خالصاً، فإنما لبس ثوباً بعضه من خز، ألا ترى لو حلف لا يلبس ثوباً من كتّان، فلبس ثوباً من قطن وكتان، لا يحنث في يمينه، وإنما لا يحنث لما قلنا، والوجه في ذلك: أن الحنث في مسألة الخز لمكان العرف، فإن هذا الثوب يسمى خزّاً في العرف، وإن كان بعضه غير خز، ولا عُرف في مسألة الكتّان بأن الثوب الذي بعضه من قطن في العرف لا يسمى كتاناً، فالفارق بين الفصلين.

وإذا حلف لا يلبس حريراً، فلبس قميصاً فالعبرة للحمة دون السدى. وإذا حلف لا يلبس كتاناً، فلبس ثوباً من قطن وكتان يحنث، لأن شرط الحنث لبس الكتان، وقد وجد ويستوي أن يكون الكتان سدى أو لحمة، فرق بين هذا وبينما إذا حلف لا يلبس إبريسماً، فلبس ثوباً لحمته خز، وسداه إبريسم، فإنه لا يحنث في يمينه.

والفرق: أن الكتان لا يصير مستهلكاً بالقطن، ولا القطن بالكتان، فإن كان أحدهما سدى والآخر لحمة، لأنه لا يصير السدى عديم الرؤية، إذا كان السدى كتاناً واللحمة قطناً، لأنهما في الدقة سواء، فأما الإبريسم يصير مستمسكاً بالخز، إذا كان الإبريسم سدى، والخز لحمته لأن الإبريسم دقيق والخز ثخين، فيصير الإبريسم عديم الرؤية.

ولو حلف لا يلبس ثوب كتان فلبس ثوباً من قطن وكتان، لا يحنث في يمينه سواء كان الكتان سدى أو لحمه، فرّق بين هذا وبينما إذا حلف لا يلبس ثوب إبريسم، فلبس ثوباً من إبريسم وقطن، فإنه يحنث في يمينه إذا كان لحمته إبريسم، والفرق أنّ في

(١) بياض بالأصل.

الإبريسم مع القطن الثوب ينسب إلى الإبريسم لا القطن فغلب [٣٨٧ب/ ١] الإبريسم على القطن في نسبة الثوب إليه، فصار وجود القطن في ذلك المسألة وعدمه بمنزلة، فأما في القطن مع الكتان، ينسب الثوب إليهما يقال: ثوب قطن وكتان، وإذا نسب إليهما، صار لابساً ثوباً بعضه من قطن وبعضه من كتان، والبعض من الثوب لا يسمى ثوباً.

وفي «المنتقى»: إذا حلف لا يلبس ثوباً من غزل فلانة فلبس كساءً من غزلها حنث، ولو حلف لا يلبس ثوباً من غزل فلانة، فلبس كساءً من غزلها، سداه قطن من غزل غيرها، فإن كان هذا الثوب ينسب إلى غزلها يحنث، كالخز.

وفيه أيضاً: إبراهيم عن محمد رحمه الله: إذا حلف لا يلبس من ثياب فلان، وفلان يبيع الثياب فاشترى منه ثوباً ولبس يحنث في يمينه.

وإذا حلف الرجل لا يلبس ثوب كذا وهو لابسه، ولا نية له، فتركهُ بعد الحلف ساعة أو يوماً حنث في يمينه، لأن اللبس مستدام، وما يستدام فدوامه يسمى باسم الابتداء، وإذا حلف لا يلبس هذا الثوب، فألقي عليه وهو نائم قال محمد رحمه الله: أخشى أن يحنث. قال الصدر الشهيد رحمه الله في «واقعاته» والمختار أنه لا يحنث لا بلبس، واللبس ملابس، وهو نظير ما لو حلف لا يدخل دار فلان فدخل وهو نائم انتبه فوجد جداره الثوب إن ألقاه كما انتبه لا يحنث في يمينه وإن تركه فاستقر عليه بعد الانتباه حنث علم أنه الثوب المحلوف عليه أو لم يعلم، وكذا ألقي عليه وهو منتبه إن القاه عن نفسه، كما ألقي عليه، لا يحنث، وإن تركه يحنث، علم أنه الثوب المحلوف، أو لم يعلم، وإذا حلف لا يلبس السروايل، أو حلف لا يلبس الخفين، فأدخل إحدىٰ رجليه في الخف أو في السراويل لا يحنث، لأنه لا يسمى لابس الخفين، ولا لابس السراويل بإدخال إحدى الرجلين فيه.

في «الجامع الصغير»: إذا قال لامرأته: كل ثوب ألبسه من غزلك فهو هدي، فاشترىٰ قطناً فغزلته ثم نسجته فلبسه فعليه أن يهديه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: ليس عليه أن يهديه إلا أن يكون من قطن كان يملكهُ يوم حلف، ولا خلاف أن القطن والغزل إذا كان في ملكِهِ يوم اليمين أنه يحنث، وإذا لم يكن في ملكه وقت اليمين، وإنما اشتراه بعد ذلك ففيه خلاف.

ووجه قولهما: أن. . . .[1] إنما يصح إما في الملك أو مضافاً إلى سبب الملك، ولم يوجد ههنا ملك، ولا إضافة إلى سبب الملك، لأن الغزل واللبن ليسا من أسباب الملك، ولأبي حنيفة رحمه الله: إن النذر أضيف إلى سبب الملك، لأن الغزل سبب لوقوع الملك للزوج، لأن العادة أن المرأة تغزل من قطن زوجها، وما تغزل المرأة من قطن الزوج يصير ملكاً للزوج، ومطلق اليمين ينصرف إلى المعتاد، فهو معنى قولنا إن النذر أضيف إلى سبب ملك الزوج.

---

(١) بياض بالأصل.

سئل نجم الدين النسفي عمن قال: الردشية زن خوشن بوشم زن آر من بطلاق بيدة زن زابو سربست قال: إن فعل ذلك على وجه العمامة حنث؛ لأنه ليس غزلها فقد قيل: لا يحنث لأن لبس الغزل على هذا الوجه ليس بمعتاد واليمين عقدت على غزل غير مشار إليه فينصرف إلى اللبس المعتاد.

إذا قال لامرأته بالفارسية: الحوشية نوبية من أيد رايد وقال سر من جرائد فكذا فوضع يده على غزلها أو خاط به ثوباً لا يحنث في يمينه.

في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: إذا قال لامرأته بالفارسية الردر ابو شايم أركار كرد خويش فأنت طالق، ثم إن المرأة رقعت كرباساً إلى زوجها لينسجها بآخر فنسج ولبست المرأة لا يحنث؛ لأن اليمين وقعت على مكسوب الزوج وهذا مكسوب المرأة، وكذلك لو كان القطن من جهة الزوج وقد لبست بغير أمر لا يحنث؛ لأنه شرط الإلباس وهو لم يلبسها ولم يأمرها باللبس إنما لبست بنفسها في غير أمره.

وفي «المنتقى»: إذا حلف لا يلبس من نسج فلان فلبس ثوباً نسجهُ فلان مع غيره يحنث، ولو قال: ثوباً من نسج فلان ولبس ثوباً نسجه فلان مع غيره لا يحنث، إذا كان الثوب مما نسجه واحد فإن كان لا ينسجه إلا اثنان يحنث.

وفيه أيضاً: ولو حلف لا يلبس ثوباً من نسج فلان فلبس ثوباً نسجه غلمانه وفلان هذا هو. . . .[1] عليهم، فإن كان فلان يعمل بيده لا يحنث إلا أن يلبس من عمله، وإن كان فلان لا يعمل بيده يحنث وكذلك هذه الأعمال كلها، ووقعت في زماننا أن رجلاً حلف أن لا يلبس من غزل فلان، فلبس من غزل وامرأة أخرى أمرها فلان بالغزل فأفتى بعض مشايخنا بالحنث مطلقاً، وأفتى البعض بالحنث على التفصيل الذي في مسألة النسج وهو الصحيح، وما ذكر في «المنتقى» عقيب مسألة النسج، وكذلك على الأعمال كلها يدل عليه إذا حلف بالفارسية أكرر رسمان يومه كار يوم بايكاراً بدمر فكذا فاستبدل غزلها بغزل آخر لا يحنث، ولو لبس ثوباً من غزلها إن كان قال: الرز سمان نورا كاريوم كينث وإن قال: أكرر بسمان يوما زايد فرا يحنث. في طلاق «فتاوى أبي الليث» رحمه الله.

ولو قال: أكرحامه تويكارايد مر ذكر الإمام النسفي رحمه الله، أنه على اللبس وعلى الانتفاع بقيمته، ومن المشايخ من قال: ينوي الزوج إن قال يوم اللبس فيمينه على اللبس، وإن قال: نويت الانتفاع بثمنيه فيمينه على ذلك.

وفي «فتاوى الفضلي»: إذا قال لها بالفارسية، أكرربسمان يؤمر إيكاد إيديانه سود وريان من أندزايد فكذا فباعت غزلها واشترت بثمنها المتاع من غير علم الزوج. . . .[1] الزوج لا يحنث لأنه لم يدخل عين الغزل في سودت مائة ولا يدله عين الغزل بكارنيا مدرواً الرمكا أمر بدل بكار أمر فلا يحنث فكذا في جميع هذا [١/٣٨٨أ] النوع من المسائل.

---

(١) بياض بالأصل.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: إذا قال لها بالفارسية أكورشته ماكا ركرد يويسور وريان من أندرايه فكذا فغزلت المرأة، ولبست نفسها في مسائها لا يحنث، لأن الدخول في سودريان، الدخول في الملك، ولم يوجد وإن قضت ديناً، على الزوج لا تطلق أيضاً لأنه لم يدخل في ملك الزوج أيضاً.

وإذا حلف لا يدخل لمن غزلها في سود ريان، فباع ثوباً لها، فاشترى بثمنه كسوة لابنته الصغيرة، إن اشترى ثوباً يقضي بذلك حقاً عليه حنث، سواء اشترى الثوب بإذنها، أو بغير إذنها لأن شراءه كان واجباً عليه وصار كأنه اشترى لنفسه والمشترىٰ عوض عن الثوب الأول معنى لأنه عوض عن عوضه وإن اشترى فضل من كسوة مثله فإن اشترى بإذنها لا يحنث؛ لأن الشراء يقع للمرأة حقيقة وتقديراً، وإن اشترى بغير إذنها حنث، لأن الشراء يقع لنفسه حقيقة ومعنى ذلك المسألة هكذا في «فتاوى الفضلي» رحمه الله.

قال الصدر الشهيد رحمه الله في «واقعاته»: وفي المسألة إشكال إذا حلف لا يأكل من غزل فلانة، فباعت غزلها ووهبت الثمن لابنها، ثم إن الابن وهبه للحالف، فاشترى به الحالف شيئاً، وأكل لا يحنث، وإن اشترى شيء قبل أن تمت فأكل الحالف ثمة يحنث.

في «فتاوى أهل سمرقند» رحمهم الله امرأة تريد أن تقطع خباء لزوجها، فقال الزوج: بالفارسية الراين فباي كه برى يوسم فكذا فقطعت هذا ألبسه ولبس الحالف لزمه الحنث، لأن هذا لبس ما دامت في بيتي كونها في بيته، فإذا خرجت عن البيت سقطت اليمين وإن أراد بقوله ما دامت في بيتي كونها في نكاحه فما لم تقع الفرقة بينهما لا يرتفع اليمين.

حلفت المرأة أن لا تلبس المكعب، فلبست اللالك، فقد قيل: إن كان يسمى اللالك في العرف والعادة مكعباً يلزمها الحنث، وما لا.

حلف لا تلبس من ثوبها، ثم إن الزوج اشترى قطناً وغزلت المرأة القطن، ودفع الزوج الغزل إلى النساج حتى ينسجه بأجر، أعطاه الزوج ثم لبسه الزوج، فقد قيل: ينوى الزوج إن كان أراد بقوله من ثوبها من ثوب رشيه وي وساحيه وي يلزمه الحنث، وما لا فلا. وفي «فتاوى ما وراء النهر» إذا حلف الرجل لا يلبس من غزل امرأته فلبس قماطها رقه من غزلها وبطانية من غزل غيرها يحنث في يمينه وهذا ظاهر.

وفي «مجموع النوازل»: إذا حلف مراكندرن بريفكند فرا كنررا بنفسا نديد واشرفرا كندبرا فنكبلى إبره وبي حشو سوكند بكردن نيا بدو في «الجامع» إذا قال: إن لبستُ قميصين فكذا ولا نية له فلبس قميصاً فنزعه ثم لبس قميصاً آخر لا يحنث في يمينه، وهذا استحسان والقياس: أن يحنث، عملاً بإطلاق اللفظ، ألا ترى أنهما لو كان معينين يقع الحنث بما فعل، فكذا ههنا وجه الاستحسان: أن اللفظ وإن كان مطلقاً، إلا أنه تقيد بالعرف فإن العرف فيما بين الناس أن اللبس إذا أضيف إلى قميصين بغير أعيانهما أن يراد به المظاهرة بينها ولبسهما معاً لا مفترقاً، ألا ترى أن الرجل من نفسه أن يقول: ما لبست

قميصين منذ حلفت، وإن كان قد لبس قميص كثير، فإذا لم يظاهر بينهما لصورة أو لمعنى من المعاني، ومثل هذا العرف لم يوجد في المعين، لأن لا يستجيز من نفسه أن يقول ما لبست هذين القميصين منذ خلقت، إذا كان لبسهما على التعاقب، فنعمل في المعينين بإطلاق اللفظ.

وفي «المنتقى»: إذا حلف لا يلبس هذا الثوب، فاتخذها قلنسوة ولبسها لا يحنث في يمينه، لأن اسم الثوب لا يبقى، ولو قطع منه قميصاً ففضل منه فضلة غير القميص قدر لبسه، ولبس القميص يحنث لأن اسم الثوب باق، وما بقي لا يقيد به، فكان لابساً جميع الثوب، وصار كما لو حلف لا يأكل رُمّانة فأكلها إلا حبة أو حبتين حنث استحساناً، وطريقه ما قلنا.

وفي «القدوري» ذكر هذه المسألة فزاد عليها فقال: ولو اتخذه جوارب ولبسها لا يحنث، لأن اسم الثوب ليس بباق، وإذا قال لامرأته رسته ثوبه بوشم وله ثيابٌ اتخذ من غزلها قبل الحلف، وثياب اتخذ من غزلها بعد الحلف فيمينه عليهما الإطلاق اللفظ. وفي «الزيادات» إذا قال عبده حر إن لا يجعل من هذا الثوب خباء وسراويلاً، وجعله خباء ثم نقضه وجعله سراويلاً بر؛ لأن شرط البر أن يجعل من هذا الثوب خباء وسراويلاً مطلقاً غير مقيد بالدفعة والجمع والتفريق وقد وجد؛ لأن اسم الثوب لا يزول بجعله خباءً، ألا ترى أنه لو حلف لا يلبس هذا الثوب فخاطه خباء ولبسه يحنث، وإذا لم يزل اسم الثوب بجعله خباء فإنما جعل السراويل من ذلك الثوب وجعل الخباء منه أيضاً، فوجد شرط البر إلا أن يعني أن يجعل من بعضه الخباء ومن بعضه السراويل فحينئذ إذا فعل كما قلنا يحنث في يمينه، لأنه نوى أن يجعل ذلك بدفعة واحدة، فكان ناوياً المقيد من المطلق وإنه جائز، وفيه تغليظ عليه فيصدق في ذلك.

وحكي عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله أنه قال: ينظر إلى سابقة كلامه، إن دلت سابقة كلامه على أنه أراد بهذا أن يجعلهما معاً بأن ذكر حذاقة الخياطة، أو سعة الثوب، فهو أن يجعلهما دفعة واحدة، وإن لم يدل فهو على الجملة والتعاقب.

وكان أبو القاسم الصفار يقول: إذا لم يجعل من بعضه خباء، ومن بعضه سراويلاً يحنث على كل حال، لأنه ذكر بكلمة من وكلمة من للتبعيض، إلا أنا نقول من تذكر للتمييز يقال: هذا الخاتم من الحديد، والمراد تمييز هذا الثوب من سائر الثياب.

ولو قال: إن لم يجعل من هذه الملحفة، أو من هذا الإزار أو من هذا الرداء سراويلاً وخباء فكذا فجعلها خباء ثم نقضها فجعلها سراويلاً حنث في يمينه، لأن اسم الملحفة زال بجعلها خباء، فإنما جعل السراويل من الخباء لا من الملحفة، وشرط بره أن يجعله من الملحفة ولم يوجد، وإن كانت الملحفة [٣٨٨ب/ ١]. لا تسع لهما حنث للحال؛ لأن البر مأيوس الوجود.

وإذا حلف ليقطعنّ من هذا الثوب قميصين، فقطعه قميصاً وخاطه ثم فتقه وقطعه

قميصاً آخر على غير ذلك التقطيع، وعن محمد رحمه الله فيه روايتان، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يحنث.

ولو حلف ليخيطنّ من هذا الثوب قميصين فقطعه وخاطه قميصاً ثم فتقه وخاطه قميصاً آخر لا يحنث بلا خلاف.

وعن محمد رحمه الله فيمن حلف لا يلبس هذا الثوب فقطعه سراويلاً فلبس سراويلاً بعد سراويل لا يحنث في يمينه.

وإذا حلف لا يلبس حُليّاً فلبس خاتم فضة لا يحنث في يمينه.

علل في الكتاب فقال: لأنه ليس بحلي معناه ليس بحلي كامل أو ما هو حُلي ناقص؛ لأن الحلي ما يستعمل للتزين لا محالة والخاتم إذا كان من فضة كما يستعمل للتزين يستعمل لغيره، وهو إقامة السُّنة وإذا كان يستعمل للتزين وغيره كان ناقصاً في معنى الحلي، فلا يدخل تحت مطلق اسم الحلي ولو لبس خاتم ذهب يحنث، لأنه لا يستعمل إلا للتزين، فكان كاملاً في معنى الحلي.

وكذلك لو حلفت المرأة أن لا تلبس حُلياً فلبست خاتماً من ذهب تحنث، ولو لبست خاتم فضة لم تحنث هذا هو ظاهر الرواية قالوا: وهذا إذا كان مصنوعاً على هيئة خاتم الرجال، أما إذا كان مصنوعاً على هيئة خاتم النساء مما له فصّ يحنث، وقال بعضهم: لا يحنث على كل حال. قال: والأول أصح. وفي «البقالي» عن محمد رحمه الله أن خاتم الفضة حلي مطلقاً.

وفي «المنتقى»: رواية إبراهيم عن محمد رحمه الله أن المنطقة المفضضة والسيف المحلى ليس بحلي. قال: والحلي ما تلبسه النساء. والخلخال والد ملوج والسوالت حلي، لأنه لا يستعمل إلا للتزين، وإذا حلفت امرأة أن لا تلبس حليّاً، فلبست عقد لؤلؤة لا تحنث في قول أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يكون معه ذهب، وقال أبو يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله تحنث ولا خلاف بينهم أنه إذا كان مُرصعاً بشيء من الذهب والفضة إنه تحنث لأن ذلك حلي. وإنما الخلاف فيما إذا لم يكن مرصعاً. وعلى هذا الخلاف إذا لبست عقد زبرجد أو زمرد غير مرصع هما يقولان اسم الحلي يتناول اللؤلؤ الخالص، قال الله تعالى: ﴿وَتَسْتَخْرِجُونَ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا﴾ [النحل: ١٤، فاطر: ١٢] ولا يستخرج من البحر المرصع إنما يستخرج اللؤلؤ الخالص. ولأبي حنيفة رحمه الله أن العادة لم تجر بالحلي إلا مرصعاً بذهب أو فضة فأمّا وحده فلا.

قال بعض مشايخنا: على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا بأس بأن يلبس الغلمان اللؤلؤ، وكذلك الرجال وكذلك قياس قوله في اللؤلؤ أن الذهب والفضة لا يكون حلياً إلا أن يصاغ، كما أن اللؤلؤ لا يكون حلياً إلا أن يصاغ ولا يصاغ اللؤلؤ إلا بالترصيع، حتى إن المرأة إذا علقت في عنقها شيئاً من الذهب والفضة غير مصنوع يجب أن لا تحنث على قياس قوله، وقد قيل الاختلاف في هذه المسألة اختلاف عصر وزمان، ففي زمان أبي حنيفة رحمه الله لم يتعارف النساء لبس اللؤلؤ على الانفراد، ولم يعده الناس حلياً، فأفتى

بما عاين في زمانه، وفي زمن أبي يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله تعارف النساء لبسه على الانفراد، وكان الناس يعدون ذلك حلياً فأفتيا بما عاينا في زمانهما، وقولهما أقرب إلى عرف ديارنا.

وإذا حلف الرجل لا يلبس شيئاً من السواد فلبس قلنسوة سوداء وخفين أسودين أو نعلين أسودين أو فرواً أسود حنث في يمينه. ولو قال: لا ألبس السواد فهذا على الثياب، ولا يحنث في الخفين والنعلين والفرو. روىٰ بشر عن أبي يوسف رحمه الله في هذه المجلدة. . . . .(١) رحمه الله.

وإذا حلف لا يلبس سلاحاً فتقلّد سيفاً أو. . .(١) قوساً أو فرساً لم يحنث، قال: إذا كانت اليمين بالفارسية بأن قال سلاح في توشم يحنث بهذه الأشياء، ولو لبس درعاً من حديد يحنث، ولو حلف لا يلبس شيئاً فلبس درعاً من حديد أو خفين أو قلنسوة يحنث في يمينه. وأن لا يكسو فلاناً شيئاً ولا نية له فأعطاه دراهم يشتري بها ثوباً لا يحنث، ولو أرسل إليه بثوب كسوة حنث، ولو كساه قلنسوة أو خفين أو جوربين حنث. وعن محمد رحمه الله أن الكسوة عبارة عما يجري في كفارة اليمين. ولو حلف لا يكسو فلاناً فكساه قلنسوة أو خفين لا يحنث بلا خلاف.

نوع آخر
في الدخول

بسم الله الرحمٰن الرحيم: رجل قال: إن دخلت هذه الدار فكذا وهو داخل فيها فدام على ذلك لم يحنث استحساناً، والقياس أن يحنث، لأن اسم الدخول يقع على دوامه، ألا ترى أنه لو نوى بالدخول الدوام صحت نيتّه، عليه محمد رحمه الله في «الأصل».

وجه الاستحسان: أن الدخول فعل لا يمتد فلا يُعطى لدوامه حكم الابتداء، وهذا هو الأصل في جنس الأفعال: أن ما لا يمتد من الأفعال لا يُعطى لدوامه حكم الابتداء، وما يمتد من الأفعال يعطى لدوامه حكم الابتداء. والفارق بين الممتد وغير الممتد من الأفعال صحة قرار المدة وعدم صحته. فكل فعل يصح قرار المدة به فهو مما يمتد وذلك كالسكنى والركوب واللبس والنظر والقيام والعقود، فإنه يصح أن يقال: سكن في الدار يوماً ونظر إلى فلان يوماً، وقعد في مكان كذا يوماً، وقام يوماً فكل فعل لا يصح قرار المدة به فهو مما لا يمتد. وذلك كالدخول والخروج فإنه لا يستقيم أن يقال: خرج يوماً من الدار ودخل يوماً في الدار، والدليل عليه أنه لا يستقيم أن يقال للداخل في الدار: ادخل، ولا يستقيم أن يقال للخارج منها اخرج منها.

وإذا حلف لا يدخل هذه الدار فأدخل إحدى رجليه في الدار ولم يُدخل الأخرى لا يحنث في يمينه، هكذا ذكر محمد رحمه الله في «الأصل». بعض مشايخنا قالوا هذا إذا

(١) بياض بالأصل.

كان الجانبان مستويين فأما إذا كان [٣٨٩أ/ ١] الداخل أسفل يحنث في يمينه، وبعضهم قالوا: العبرة للاعتماد إن كان الاعتماد على الرجل الداخلة، وإن كان الاعتماد على الرجل الخارجة لا يحنث. إلا أن في ظاهر رواية أصحابنا لا يصير داخلاً بإدخال أحد الرجلين، وبه أفتى الحلواني رحمه الله وشمس الأئمة السرخسي رحمه الله، هذا إذا كان يدخل قائماً. وأما إذا كان مستلقياً على ظهره أو بطنه أو جنبه فقد خرج حتى صار بعض بدنه داخل الدار، إن صار الأكثر داخل، الدار يصير داخلاً وإن كان ساقاه خارج الدار هكذا روي عن محمد رحمه الله. ولو أدخل رأسه دون قدميه لم يحنث. وكذلك لو تناول شيئاً بيده.

وإذا حلف لا يدخل دار فلان فاحتمله إنسان وأدخله وهو كاره لم يحنث. قالوا: وهذا على وجهين: إما أن يكون بحال لا يمكنه الامتناع عنه، أو يمكنه الامتناع، فإن كان لا يمكنه الامتناع عنه لا يحنث في يمينه، لأن شرط الحنث وهو دخوله لم يوجد لا حقيقة ولا اعتباراً، وإن كان يمكنه الامتناع فقد اختلف المشايخ فيه، وينبغي على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يحنث لما نبين بعد هذا إن شاء الله. هذا إذا احتمله إنسان فأدخله مكرهاً.

فأما إذا هدده بالدخول فدخل بقدميه فقد اختلف المشايخ فيه أيضاً، بعضهم قالوا: لا يحنث، وبعضهم قالوا: يحنث، وبعضهم قالوا: إن أمكنه الامتناع عن الدخول مع هذا دخل يحنث، وإن لم يمكنه الامتناع عنه لا يحنث، ولو احتمله إنسان وأدخله وهو راض عليه إلا أنه لم يأمره بذلك فقد اختلف المشايخ فيه، ووجدت في «المنتقى» عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يحنث، فعلى قياس هذه المسألة فحينئذ يجب أن يكون قولهما فيما إذا دخل مكرهاً أن لا يحنث. وإن كان أمره بذلك يحنث، لأنه وجد الدخول فيه اعتباراً وإن كان يمر بين يدي الدار فزلق رجله فحصل في الدار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في شيء من الكتب. وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يحنث لأن حصوله في الدار مضاف إلى فعله، وقال بعضهم: لا يحنث لأنه حصل في الدار مكرهاً لا باختياره، وصار كما لو احتمله إنسان وأدخله في الدار مكرهاً. وإن دخلها على دابة حنث، إلا أن تكون الدابة قد انقلبت وهو راكبها ولا يستطيع إمساكها فدخلت الدار فإنه لا يحنث في يمينه، لأنه صار مسلوب الاختيار لما انقلبت ولم يمكنه إمساكها.

وإذا حلف لا يدخل بيتاً فدخل المسجد أو الكعبة لا يحنث، وإن سمى الله تعالى الكعبة بيتاً في قوله: ﴿إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ لَلَّذِى بِبَكَّةَ﴾ [آل عمران: ٩٦] وتُسمى سائر المساجد بيوتاً في قوله: ﴿فِى بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ﴾ [النور: ٣٦] لأن اسم البيت للمساجد مجاز، لأن البيت اسم لما اتخذ للبيتوتة، والمسجد ناقص في معنى للبيتوتة فإنه لا يبات فيه، ومطلق الاسم ينصرف إلى الحقيقة. ولذلك لو دخل بيعة أو كنيسة لم يحنث، لأن الكفار إنما بنوا البيعة والكنيسة للصلاة، لا للبيتوتة فلا يكون بيتاً مطلقاً، وإن دخل دهليزاً لم يحنث لأن الدهليز ما بني للبيتوتة فيه.

قال مشايخنا: هذا إذا كان الدهليز بحال لو أغلق الباب يبقى خارج البيت، فأمّا إذا بقي داخل البيت وهو مسقف يجب أن يحنث في يمينه، لأنه يصلح للبيتوتة، وإن دخل صفة يحنث وهذا على عرف أهل الكوفة، لأن صفتهم على هيأة البيوت؛ لأنها ذات حوائط أربعة عندهم، فيكون بيتاً. وفي عرفنا الصفة لا تكون على هيأة البيوت، لأنها ذات حوائط ثلاثة فلا تكون بيتاً، ولو دخل ظلة على باب الدار ولا يكون فوقه بناء إلا أن مفتحه إلى الطريق الأعظم أو إلى السكة لا يحنث إذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه، لأنه ليس من جملة بيته.

وفي «فتاوى أبي الليث»: إذا قال الرجل: إن دخلت دار فلان فكذا فمات فلان فدخل داره، فهذا على وجهين إن لم يكن على صاحب الدار دين أصلاً أو كان عليه دين مستغرق فإنه لا يحنث بلا خلاف، لأن الدار تصير ملكاً للوارث بلا خلاف، وإن كان عليه دين مستغرق، قال محمد بن سلمة: يحنث، وقال الفقيه أبو الليث: لا يحنث. قال الصدر الشهيد: والفتوى على قول أبي الليث؛ لأن التركة المستغرقة بالدين إن لم تملكها الورثة لا تبقى على ملك الميت حقيقة، لأن الميت ليس من أهل الملك، لو بقي على ملكه يبقى حكماً فلم يدخل دار فلان مطلقاً فلم يتحقق شرط الحنث.

إذا قال: إن وضعت قدمي في دار فلان فكذا، فوضع إحدى رجليه في داره لا يحنث على ما هو جواب ظاهر الرواية، لأن وضع القدم في هذه الصورة صار مجازاً عن الدخول، فكأنه قال: إن دخلت دار فلان فكذا، وهناك إذا أدخل إحدى رجليه في دار فلان لا يحنث في يمينه كذا ها هنا.

وإذا حلف لا يدخل دار فلانة، فدخل دارها وزوجها ساكن فيها لا يحنث لأن الدار تنسب إلى الساكن، والساكن هو....[1] في «فتاوى أهل سمرقند».

وفي «المنتقى»: إذا قال: والله لا أدخل دار فلان، فدخل دار فلان، وفلان ساكن فيها مع امرأته والدار لها حنث. وكذلك لو قال: والله لا أدخل دار فلانة فدخل عليها وهي في دار زوجها ساكنة معه يحنث. فهذه الرواية تخالف ما ذكر في «فتاوى أهل سمرقند».

وفي «فتاوى الفضلي»: إذا حلف لا يدخل دار فلان فدخل دار فلان وفلان فيها ساكن والدار لامرأته، وذكر فيها تفصيلاً فقال: إن لم تكن لفلان دار تُنسب إليه سوى هذه الدار يحنث؛ لأن الحالف [٣٨٩ب/ ١] أراد هذه الدار. وإن كان له دار أخرى تنسب إليه لا يحنث، وهذا الجواب بخلاف ما ذكر في «المنتقى»، فإنه ذكر المسألة في «المنتقى» من غير تفصيل، ورأيت في موضع آخر إذا حلف لا يدخل داراً لفلانة فدخل داراً لزوج فلانة وهي ساكنة معه إنه إن لم تكن لفلانة دار أخرى تنسب إليها يحنث، وإلا فلا يحنث، ولم يذكر هذا التفصيل في «المنتقى».

---

(١) بياض بالأصل.

وإذا حلف لا يدخل دار فلان وفلان يسكن مع أبيه في الدار بالعلية. والأب هو الذي استأجر الدار، فقد قيل: إنه لا يحنث، وعلى قياس ما ذكر في «المنتقى» ينبغي أن يحنث بلا تفصيل، وعلى قياس ما ذكر في «فتاوى الفضلي» يجب أن تكون المسألة على التفصيل، إن كان للابن دار أخرى تنسب إليه سوى هذه لا يحنث، وإلا فيحنث.

ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فدخل من غير الباب لم يحنث؛ لأن اليمين انعقدت على دخول موصوف بصفة، ولا يحنث ما لم توجد تلك الصفة، وإن ثقب باباً آخر فدخله حنث، لأن اليمين انعقدت على الباب المنسوب إلى الدار، فيستوي فيه القديم والحديث، ولو عيّن ذلك الباب في اليمين لم يحنث في غيره وهذا ظاهر. ولو لم يعينه ولكن نوى ذلك لا يُدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر.

وإذا حلف لا يدخل بيتاً لفلان، ولم يسمّ بيتاً بعينه، ولم ينوه فدخل بيتاً يسكنه فلان بإجارة أو عارية فيحنث في يمينه عند علمائنا رحمهم الله، خلافاً للشافعي.

وإذا حلف لا يركب دابة فلان أو حلف لا يستخدم عبد فلان فركب دابة أو استخدم عبداً هو في يد فلان بإجارة أو عارية لا يحنث في يمينه بلا خلاف. والوجه لعلمائنا أنه عقد يمينه على بيت مضاف إلى فلان إضافة مطلقة فينصرف يمينه إلى الدار المضافة إلى فلان بملك الرقبة وبملك المنفعة جميعاً إذ إضافة العقار بملك المنفعة حقيقة، كما أن إضافته بملك الرقبة حقيقة لأن إضافة العقار بملك المنفعة ثابتة شرعاً وعرفاً.

فأما شرعاً فلما روي أن رسول الله ﷺ مر.... [1] فأعجبه فقال «لمن هذا»؟ فقال رافع ـ يريد ابن خديج ـ لي استأجرته، فرافع أضاف إلى نفسه ولم ينكر رسول الله ﷺ[2].

وأما عرفاً فإن في العُرف يقال: هذا منزل فلان، وإن كان فلان يسكن فيها بإجارة أو عارية، وإذا كان إضافة العقار بملك ثابتة شرعاً وعرفاً كانت حقيقة كالاسم، متى ثبت الشيء عرفاً وشرعاً كان حقيقة كاسم الصلاة فثبت أن هذه الإضافة في العقار فينصرف اليمين إليها ولا كذلك العبد والدابة؛ لأن إضافة العبد والدابة بملك المنفعة ليست بحقيقة بل هي مجاز لأنها غير ثابتة شرعاً وعرفاً.

ولو حلف لا يدخل بيتاً لفلان فدخل بيتاً قد آجره من غيره، ذكر بعض مشايخنا في «شرحه» أن فيه اختلاف المشايخ، وذكر بعضهم أن عن أصحابنا فيه روايتين، في رواية يحنث من غير نيّة، وفي رواية لا يحنث إلا بالنيّة. فقيل: ما روي أنه لا يحنث إلا بالنّية قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله، وما روي أنه يحنث من غير نيّة قول محمد، وذكر في «القدوري» روايتان عن محمد رحمه الله، ولم يذكر قول غيره.

ولو كان للمحلوف عليه دار يسكنها ودار غلة، فدخل دار الغلة لا يحنث، إذا لم يدل الدليل على دار الغلة؛ لأن داره مطلقاً دار يسكنها.

---

(١) بياض بالأصل.

(٢) الحديث لم أجده في كتب الحديث التي بين يدي.

في «فتاوى أبي الليث»: وإذا حلف الرجل لا يسكن حانوتاً لفلان فسكن حانوتاً قد أجره من غيره، فإن كان المحلوف عليه ممن يسكن حانوتاً لم يحنث بسكنى هذا الحانوت على إحدى الروايتين كما في البيت، وإن كان ممن لا يسكن حانوتاً لما عرف من مقصود الحالف، فإنّ من حلف لا يسكن حانوت الأمير يعلم كل واحد مراده حانوت هو ملك الأمير.

وفي «القدوري»: إذا حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً مشتركاً بينه وبين غيره، فإن كان المحلوف عليه ممن يسكن الدار يحنث، وإن كان لا يسكنها لا يحنث؛ لأنه إذا كان لا يسكنها فالإضافة باعتبار الملك، والملك في الكل غير. . . .[1] إليه ، وإن كان الدار مشتركاً بين المحلوف عليه وبين غيره، وكل واحد منهما يسكن بيتاً منها على حدة فدخل الحالف صحن الدار أو دهليزاً لا يحنث في يمينه، هكذا قيل.

وفي «المنتقىٰ» عن محمد رحمه الله: إذا قال لغيره: والله لا أدخل دارك، وللمحلوف عليه دار ملك يسكنها، والحالف لم ينوِ هذه الدار بعينها، ثم إن المحلوف عليه تحول من هذه الدار إلى دار أخرى وسكنها بإجارة أو عارية فدخل الحالف عليه يحنث. وإن كان نية الحالف على دار هي ملك المحلوف عليه وباقي المسألة بحالها لا يحنث.

وفيه عن أبي يوسف إذا قال لغيره: لا أدخل منزلك فهذا على المنزل الذي هو فيه، فإن تحوّل إلى منزل آخر فدخل عليه لم يحنث. وإذا دخل داراً للمحلوف عليه غير الدار التي المحلوف ساكن فيها يوم حلف لم يحنث.

وفيه أيضاً: إذا حلف الرجل لا يدخل منزل فلان، ثم إن الحالف مع المحلوف عليه اكتريا منزلاً فيها أبيات، والحالف في أبيات منها على حدة، والمحلوف عليه في أبيات منها على حدة، والساحة واحدة، فالحالف حانث وكل واحد منهما داخل في منزل صاحبه؛ لأن الساحة بينهما، وهذا بخلاف مسألة الدار المشتركة التي تقدّم ذكرها، وهي ما إذا دخل الحالف صحن الدار المشتركة التي يسكن الحالف في بيت منها، وشريكه في بيت منها؛ لأن هناك عقد اليمين باسم الدار واسم الدار لا ينطلق على بعضه، ها هنا عقد اليمين باسم المنزل والمنزل مشتق من النزول والنزول يأتي في البعض كما يأتي في الكل.

سُئِل الفقيه أبو القاسم عمن حلف [٣٩٠أ/ ١] وقال: إن أدخلت فلاناً بيتي فهذا على أن يدخل فلان بيته بأمره، وبغير أمره، بعلمه وبغير علمه، ولو قال: إن تركت فلاناً يدخل بيتي فهذا على أن يدخل بعلمه، ولا يمنعه.

وسئل أبو نصر عمن قال لامرأته: إن دخل فلان دارك ودخلت دار فلان فأنت طالق، فدخلت دار فلان ولم يدخل فلان دارها، ولم تدخل هي دار فلان، قال: طلقت امرأته لأنه لا يراد بهذا الجمع وإنما يراد به أن لا يفعل ذلك واحد منهما، لأن الغرض هو المنع عن المخالطة بالكلية.

---

(١) بياض بالأصل.

حلف لا يدخل دار امرأته فباعت المرأة الدار من رجل واستأجرها الحالف من المشتري ثم دخلها؛ فإن كان كراهة الدخول لأجل الدار يحنث، لأن اليمين انعقدت على عين الدار، وذكر المرأة للتعريف، وإن كان كراهة الدخول لأجل المرأة لا يحنث، لأن اليمين انعقدت لأجل النسبة، وقد انقطعت النسبة، وستأتي هذه المسألة بعد هذا في فصل الحلف ما يقع على الملك القائم وما يقع على الملك الحادث.

إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار فنسائي طوالق، فدخلت الدار طلقت هي وغيرها، لأن عند الدخول يصير قائلاً نسائي طوالق، وإذا قال: إن وضعت قدمي دار فلان فكذا فدخلها راكباً أو ماشياً بحذاء أو بغير حذاء يحنث في يمينه لأن وضع القدم في عرف الاستعمال صار عبارة عن الدخول مجازاً، وإذا صار عبارة عن الدخول مجازاً، كأنه قال: والله لا أدخل فهناك بأي طريق دخل يحنث في يمينه، كذا ههنا. وإن نوىٰ حين حلف أن لا يضع قدمه فيها ماشياً صحت نيّته، وإذا دخلها راكباً لا يحنث في يمينه لأنه نوى حقيقة كلامه، ومن نوى حقيقة كلامه يصدق ديانة وقضاءً.

وإذا حلف لا يدخل دار فلان، فقام على حائط من حيطانها حنث في يمينه، لأن الحائط من الدار ألا ترى أنه يصير مبيعاً ببيع الدار.

قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله: وهذا إذا كان الحائط كله لصاحب الدار، فأما إذاكان مشتركاً بينه وبين الجار لا يحنث في يمينه، كما لو دخل داراً مشتركاً قال الفقيه أبو الليث: ما ذكر من الجواب فيما إذا كان الحالف من بلاد العرب، فأما إذا كان من بلاد العجم لا يحنث في يمينه بالقيام على حيطان الدار وعليه الفتوى.

وكذلك لو حلف لا يدخل هذه الدار فقام على سطحها فجواب «الكتاب» أنه يحنث، واختيار الفقيه أبي الليث رحمه الله فيما إذا كان الحالف من بلاد العجم أنه لا يحنث وعليه الفتوى. ولو قام على إسكفة الباب فإن كان الباب إذا أغلق كانت الإسكفة خارجة منه لم يحنث، وإن كان داخل الباب حنث. وإذا حلف لا يدخل بيت فلان ولا نيّة له فدخل في صحن داره لا يحنث حتى يدخل البيت، لأن شرط الحنث الدخول في البيت، وهو لم يدخل البيت هكذا ذكر في «الأصل». قالوا: وهذا على عرف ديارهم فأما في عرف ديارنا الدار والبيت واحدة، فإذا دخل صحن الدار يحنث وعليه الفتوى.

وفي «فتاوى الفضلي»: إذا حلف الرجل وهو جالس في بيت من المنزل إن دخلت هذا البيت فكذا، فاليمين على دخول البيت حتى لو دخل في صحن الدار وفي صحن المنزل لا يحنث، قال: وهذا إذا كان اليمين بالعربية، فأما إذا كان في يمينه بالفارسية بأن قال: اكرمن به ابن خانة ايدراتم فكذا فاليمين على دخول المنزل، فإن قال: عنيت دخول ذلك البيت صدق ديانة لا قضاءً، لأن اسم خانة بالفارسية لجميع المنزل وكذلك البيت اسم خاص، أما كان بيانه وانا رمستاني وهذا كله إذا لم يشر إلى بيت بعينه، فإن أشار فالحكم كذلك.

وفي «فتاوى أبي الليث»: شجرة أغصانها في دار رجل فحلف رجل أن لا يدخل

دار ذلك الرجل فارتقى تلك الشجرة، فإن ارتقى غصناً لو سقط، سقط في الدار يحنث إذا كان الحالف من بلاد العرب، وإن كان من بلاد العجم لا يحنث، بمنزلة ما لو قام على سطح الدار أو على حائط من حيطانها وعليها الفتوى.

إذا حلف لا يدخل في هذه السكة، فدخل داراً في تلك السكة من طريق السطح ولم يخرج إلى السكة، قال الفقيه أبو بكر الإسكاف: هذا إلى عدم الحنث أقرب. وإذا حلف لا يدخل سكة فلان فدخل مسجداً في السكة ولم يدخل السكة ذكر هذه المسألة في «فتاوى أبي الليث»، وقال: لا يحنث، ولم يذكر فيها الخلاف كما ذكر في المسألة الأولى، وهكذا ذكر المسألة من غير ذكر الخلاف في «فتاوى الفضلي»، وذكرنا في متفرقات كتاب الطلاق أنه إذا كان للدار التي دخل فيها باب في السكة المحلوف عليها إنه يحنث في يمينه.

وذكر في «واقعات الناطفي» مسألة تؤيد ما ذكرنا في متفرقات الطلاق، وصورة ما ذكر ثمة إذا حلف لا يدخل محلة أردان فدخل داراً لها بابان أحد بابيها مفتوح إلى محلة أردان والباب الآخر مفتوح إلى محلة رود يحنث في يمينه لأن الدار تنسب إلى المجلس جميعاً، ولمسألة السكة تفريعات تنظر في متفرقات الطلاق.

إذا حلف لا يدع فلاناً يدخل هذه الدار، فإن كان يملك هذه الدار، فمنعه بالقول والفعل، وإن كان لا يملك فمنعه بالقول لا غير، في الباب الأول من أيمان «الواقعات»، وقد ذكرنا من هذا الجنس في آخر فصل المتفرقات من كتاب الطلاق.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد إذا حلف لا يدخل هذا المسجد فزيد فيه طائفة من دار الحصبة فدخل الموضع الذي زيد فيه لا يحنث. ولو حلف لا يدخل مسجد بني فلان وباقي المسألة بحالها فدخل الموضع الذي زيد فيه يحنث، قال: وكذلك في الدار إذا قال: هذه الدار، أو قال: دار فلان، إذا قال: لا يدخل دار فلان إلا خبري سكفني إن نزلت بهم بلية أو قتل أو موت فدخل لا يحنث، لأنه يراد بقوله سكفني هذه الأشياء.

في «النوازل» وفيه أيضاً: إذا حلف لا يدخل رياً أو مدينة ري أو حلف لا يدخل بلخاً أو قال مدينة بلخ أو حلف لا يدخل قرية كذا فهذا على العمران، وكذلك إذا حلف لا يشرب الخمر في هذه القرية، فهو على العمران حتى لو شرب في ضياعها أو في كرومها لا يحنث في يمينه. قال ثمة: وهذا بخلاف ما لو حلف لا يدخل كورة كذا، أو رستاق كذا فدخل في أراضيها حيث يحنث. وقد قيل: بأن الكورة [٣٩٠ب/ ١] اسم للعمران أيضاً، وهو الأظهر فالبلدة اسم للعمران أيضاً، واختلف المشايخ في بخارى والفتوى في زماننا على أنه اسم العمران. وأما شام اسم للولاية وكذلك اسم خراسان وكذلك الأرمينية حتى لو حلف على واحد من هذه المواضع لا يدخلها فدخل قرية من قراها يحنث، وكذلك فرغانة وسعد وتركستان فهو اسم للولاية.

وفي «القدوري»: لو حلف لا يدخل دار فلان وهي من الدور المشهورة بأربابها مثل دار عمرو بن حريب فدخلها؛ لأن الإضافة إلى الأرباب على طريق النسبة دون الملك،

والنسبة قائمة. وفيه أيضاً: لو حلف لا يدخل هذه الحجرة فدخلها بعد ما كسرت لا يحنث، وليست الحجرة كالدار لأن الحجرة اسم لما حجر بالبناء فصار نظير البيت.

وفيه أيضاً لو حلف لا يدخل هذه الدار إلا مجتازاً فدخلها وهو لا يريد الجلوس لا يحنث، لأنه دخل على الوصف المستثنىٰ، ولو دخل يعود مريضاً ومن رأيه الجلوس عنده حنث؛ لأنه دخل على غير الوصف المستثنى، وإن دخل لا يريد الجلوس ثم بدا له بعد ما دخل فجلس لم يحنث أيضاً؛ لأن الدخول وجد على الوصف المستثنى وبعد ذلك هو مُكث والمكث ليس من الدخول.

قال: وكذلك لو حلف لا يدخل هذه الدار إلا عابر سبيل إلا أن ينوي لا يدخلها يريد النزول فيها، لأنه يقال: رجل عابر سبيل إذا لم يستقر. وفي «المنتقى»: من هذا الجنس: إذا حلف لا يدخل السوق إلا مجتازاً، فدخل ومن رأيه أن يشتري شيئاً من غير أن يجلس لم يحنث، وإن بدا له فجلس لا يحنث أيضاً، وإن دخل ومن رأيه الجلوس حنث.

ولو حلف لا يدخل دار فلان فأشرع المحلوف عليه بيتاً من داره واتخذه حانوتاً، وليس له باب في الدار، فدخله الحالف يحنث، لأنه من جملة ما أحاطت به الدار. وعن أبي يوسف فيمن حلف لا يدخل دار فلان فدخل بيتاً من هذه الدار قد أشرع إلى الطريق وليس له باب إلى الدار لا يحنث. ولو حفر تحت تلك الدار شرباً أو قناة فدخلها الحالف لم يحنث، إلا أن يكون من هذه القناة مكان مكشوف إلى الدار يستقي منه أهل الدار، فإذا بلغ ذلك المكان المكشوف حنث، وإن لم يبلغ ذلك المكان المكشوف لا يحنث. ولو كان المكشوف شيئاً قليلاً لا ينتفع به أهل الدار وإنما هو للضوء، فبلغ الحالف ذلك الموضع لا يحنث. لأن القناة تحت الدار إذا لم يكن لها منفذ لا تعد من الدار، وإن كان لها منفذ تعد من مرافق الدار بمنزلة بئر الماء، ومتى كان للضوء فليس ذلك من مرافق الدار فلا يعد داخله داخلاً في الدار.

وفي «القدوري»: إذا قال: عبده حر إن دخل هذه الدار إلا أن ينسى فدخلها ناسياً ثم دخلها ذاكراً لا يحنث في يمينه، لأن كلمة إلا كلمة عامة ككلمة حتى فينتهي اليمين بالدخول ناسياً فإذا دخلها بعد ذلك دخلها واليمين منتهية.

ولو قال: عبده حر إن دخل هذه الدار إلا ناسياً، فدخلها ناسياً ثم دخلها ذاكراً يحنث، لأن اليمين مطلق لا غاية لها والمستثنى منها دخول بصفة النسيان، فالدخول متعمداً يكون مستثنىً منه.

إذا حلف لا يدخل دار فلان فعمد فلان إلى بيت فسدّ بابه من قبل داره وجعله إلى دار الحالف فدخله الحالف لا يحنث في يمينه، لأنه صار منسوباً إلى الأخرى.

ومن هذا الجنس: إذا حلف لا يدخل هذه الدار فاشترى صاحب الدار بيتاً إلى جنبها وفتح باب البيت إلى هذه الدار، وجعل طريقه فيها وسدّ باب البيت الذي كان في الدار الأخرى، فدخل الحالف هذا البيت من غير أن يدخل الدار التي حلف عليها حنث

في يمينه، لأنه لما أضاف البيت إلى الدار صار من جملة الدار. ذكر المسألة في «المنتقى» وقد ذكر رواية ابن سماعة قبل هذا عن محمد في مسألة الزيادة في الدار إنه لا يحنث.

وفي «القدوري»: الشرب إذا كان بابه في دار ومحتفره في دار أخرى، فهو من الدار التي مدخله إليها لأنها بيت من بيوتها.

إذا حلف لا يدخل بغداد، فمن أي جانب دخلها يحنث، ولو حلف لا يدخل مدينة السلام ذكر في «المنتقى» أن مدينة السلام هي مدينة أبي جعفر خاصة، وهي التي من ناحية الكوفة، والواقعة عن الرفع، فما لم يدخل من ناحية الكوفة لا يحنث، بخلاف ما إذا حلف لا يدخل بغداد؛ لأن اسم بغداد يتناول الجانبين. ولو حلف لا يدخل بغداد فانحدر من موضع في السفينة ومر بالدجلة لم يحنث في قول أبي يوسف وقال محمد يحنث. قال الصدر الشهيد: الفتوى على قول أبي يوسف لأن دجلة وإن كانت من بغداد حتى إن البغدادي إذا جاء من موصل حتى دخل بغداد في السفينة يتم الصلاة إلا أن في باب اليمين يراد ببغداد الحد عرفاً.

وإذا حلف لا يدخل الفرات فدخل سفينة في الفرات أو جسراً لا يحنث، حتى يدخل الماء لأن بدون الدخول في الماء؛ لا يسمى داخلاً في الفرات.

إذا حلف لا يدخل دار فلان فاستعار المحلوف عليه داراً لاتخاذ الوليمة فيها فدخلها الحالف لا يحنث، إلا أن ينتقل المُعير من تلك الدار ويسلمها إلى المستعير والمستعير ينقل متاعه إليها فإذا دخلها الحالف حينئذ يحنث في يمينه هكذا ذكر في «فتاوى النسفي».

وإذا قال: والله لا أدخل دار فلان فدخل بستان فلان، ذكر في «فتاوى أهل سمرقند» أنه إذا كان البستان من الدار يحنث، وإن لم يكن من الدار لا يحنث، وأمارة كون البستان من الدار أن يكون بحال إذا ذكرت الدار عرفت ببستانها، ومعناه أن يفهم البستان بذكر الدار، وإذا خرجت المرأة إلى البستان فالزوج لا يكره ذلك فإن وُجد هاتان العلامتان كان البستان من الدار.

وفي «نوادر هشام»: قال: سألت أبا يوسف عن رجل حلف بطلاق أو غيره أن لا يدخل دار فلان، فدخل بستاناً في تلك الدار قال لا يحنث، قلت: فإن باع الدار ولم يسمّ البستان قال: البستان منها وإن لم يسم، قلت: فإن كان للبستان بابان أحدهما داخل الدار والآخر خارج، قال: هو منها، قال هشام: وقد سمعت أبا يوسف يقول: البستان ليس من الدار إلا أن يسميه [٣٩١/أ/١] أو يكون وسط الدار.

قال هشام: وسألت محمداً عن رجل حلف لا يدخل هذه الدار فدخل بستانها، وباب البستان إلى بيوت في هذه الدار وليس للبستان طريق غيره وعلى الدار والبستان حائط واحد محيط بهما فدخل البستان، قال: يحنث، وكذلك إن كان البستان أصغر من الدار أو أكبر منها، ولو كان البستان وسط الدار ومعناه أن تكون الدار محدقة بالبستان يحنث.

وفي «القدوري»: إذا دخل بستاناً في تلك الدار فإن كان متصلاً بها لا يحنث وإن كان في وسطها حنث، وسيأتي من هذا الجنس في نوع الخروج.

وفي «فتاوى أبي الليث»: إذا حلف لا يدخل الحمام إز نهر شيش فدخل الحمام لا لهذا بل ليسلم على الحمامي ثم غسل رأسه لم يحنث، لأنه لم يدخل لهذا. إذا قال لأخ امرأته: إن لم تدخل بيتي كما كنت تدخل فامرأتي طالق، فإن كان بينهما كلام يدل على الفور، فهو على الفور وإلا فهو على الأبد ويقع اليمين على الدخول المعتاد قبل اليمين حتى لو امتنع الأخ مرّة مما كان معتاداً يحنث، لأن اليمين مطلقة فينصرف إلى الأبد.

وإذا حلف لا يدخل هذا الخباء، فالعبرة للعيدان أو اللبد فقد قيل: العبرة للعيدان وقيل العبرة للبد، فعلى القول الأول إذا استبدل اللبد والعيدان على حاله فدخله يحنث، ولو كان على العكس لا يحنث، وعلى القول الثاني إذا استبدل اللبد والعيدان على حاله لا يحنث، ولو كان على العكس يحنث والأول أصح.

وفي «فتاوى الصغرى»: إذا قال لامرأته: ادخلي الدار فأنت طالق، فهذا وقوله: إذا دخلت الدار فأنت طالق سواء. رجل قال لامرأته: اكربوكرد بترامن أستانه فلان كردي فأنت طالق، وقال: عنيت به الدخول وهي تحوم حومهما، ولا تدخل طلقت المرأة؛ لأن اللفظ حقيقة لهذا لا للدخول.

وفي «المنتقى»: بشر عن أبي يوسف إذا حلف لا يدخل هذه الدار اليوم وغداً، أو قال: لا أدخلها اليوم ولا غداً فهو كما قال، ولا يدخل الليلة التي بين اليومين. وفيه أيضاً: إذا حلف لا يدخل دار فلان وهما في سفر فهذا على الفسطاط والقبة والخيمة وكل منزل ينزلانه، فإن عنى به واحداً من هذه الثلاثة يُدين فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يدين في القضاء.

وفيه أيضاً: العلو إذا لم يكن طريقه في سفله. وإنما كان في دار أخرى بجنب بسفله فهو من الدار التي طريقه فيها.

وإذا حلف لا يدخل على فلان فقد ذكر شيخ الإسلام في «شرحه»: أن الدخول على فلان متى أُطلق يراد به في العرف الدخول على فلان لأجل الزيارة والتعظيم له في مكان يزار فيه يعني مكان يجلس فيه لدخول الزائرين عليه، وإلى هذا أشار القدوري في «كتابه» فإنه قال: لو دخل عليه في مسجد أو ظلة أو دهليز لم يحنث، وكذلك لو دخل عليه في فسطاط أو خيمة إلا أن يكون من أهل البادية، والمعتبر في ذلك العادة، فأما في عرفنا إذا دخل عليه في مسجد يحنث في يمينه؛ لأنه جرّت العادة في ديارنا بالجلوس في المساجد لدخول الزائرين. ولو دخل ولم يعضده بالدخول أو لم يعلم أنه فيه لم يحنث، لأن شرط حنثه الدخول على وجه الزيارة والتعظيم، والدخول على هذا الوجه لا يتحقق على ما لم يقصد بالدخول مما هو شرط الحنث لا يتحقق فلا يحنث في يمينه.

وفي «القدوري»: إذا دخل على قوم وهو فيهم ولم يقصده لم يحنث فيما بينه وبين

الله تعالى، إلا أنه لا يصدق في القضاء؛ لأنه خلاف الظاهر لأن الظاهر دخوله على الجملة.

وفيه أيضاً: الدخول عليه أن يقصده بالدخول سواء كان بيته أو بيت غيره.

ولو حلف لا يدخل على فلان في هذه الدار فدخل الدار وفلان في بيت منها لا يحنث، وإن كان في صحن الدار حنث، لأنه لا يكون داخلاً عليه إلا إذا شاهده، وكذلك إذا حلف لا يدخل على فلان في هذه القرية لم يحنث، إلا إذا دخل بيته، وهذا لأن تخصيص القرية لنفي اليمين عن غير القرية، وكثير من مسائل الدخول قد مرّ في كتاب الطلاق.

نوع
آخر في السُّكنى

إذا حلف الرجل لا يسكن هذه الدار فخرج منها وأهله ومتاعه فيها، وهو يريد أن لا يعود إليها، قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: يحنث في يمينه. يجب أن يعلم أن السكنى في مكان أن يسكن فيه بنفسه ونقله ومتاعه ما. . . . .[1] به وبأهله إن كان له أهل لأن السكنى والكون في مكان على سبيل الاستقرار في الدوام يكون بهذه الأشياء.

وإذا حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها ولا نية له، ثم أقام فيها يوماً أو أكثر يحنث في يمينه، لأن الدوام على السكنى له حكم الابتداء وإن أخذ في النقلة من ساعته لا يحنث في يمينه عند علمائنا رحمهم الله.

ومن هذا الجنس مسائل إحداها: إذا عقد يمينه على الدار فقال: والله لا أسكن هذه الدار فخرج من الدار بنفسه وترك أمتعةً وأقمشةً وأهله في الدار، ولم يشتغل بالنقل يحنث عند علمائنا، لأن يمينه انعقد على السكنى الذي كان، والسكنى كان بالنفس والأمتعة والأهل والحكم الثابت بعلّة يبقى ببقاء . . . . . .[1] والعرف يشهد لما قلنا، فإن الناس في عاداتهم يقولون: فلان يسكن في محلة كذا، وإن كان عامة نهاره بالسوق، وهذا إذا كان الحالف، كدخدايا، وإن كان في عياله غيره أو كان ابناً كبيراً يسكن مع أبيه، أو كانت امرأة فحلفت أن لا تسكن هذا، فخرج بنفسه وترك قماشاته فيها لا يحنث. وكذلك إذا كان الحالف كدخدايا وكانت اليمين بالفارسية، إذا خرج بنيّة أن لا يعود لا يحنث في يمينه وإن ترك أمتعته. ذكر الصدر الشهيد في «واقعاته» هكذا، واعتمد عليه وهو اختيار أبي الليث.

وحُكي عن شيخ الإسلام الأوزجندي أنه أفتى هكذا، وكثير من مشايخ زماننا أفتوا بخلاف هذا.

ثم إذا كان الحالف كدخدايا وكانت [٣٩١ب/ ١] اليمين بالعربية، لو منع من

---

(١) بياض بالأصل.

التحول وأن يخرج بنفسه ومنعوا متاعه وأبقوه وقهروه أياماً لا يحنث في يمينه، لأنه مسكن وليس بساكن. ولو أراد أن يخرج فوجد باب الدار مغلقاً بحيث لم يمكنه الفتح والخروج، ولم يخرج، فقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: لا يحنث، وهو اختيار الفقيه أبي الليث وبه أخذ الصدر الشهيد.

وهذا بخلاف ما لو حلف وقال: إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته كذا، فقُيّد ومنع من الخروج حيث تطلق امرأته. وكذلك لو قال لامرأته وهي في منزل والدها: إن لم تحضري الليلة منزلي فأنت طالق فمنعها الوالد عن الحضور فإنها تطلق هو المختار وإن كان فيه اختلاف المشايخ. والفرق أن في قوله: لا يسكن هذه الدار شرط الحنث قوله: وهو السكنى، وإنما تكون السكنى فعله إذا كان باختياره، أما في قوله إن لم أخرج من هذا المنزل، وفي قوله لامرأته: إن لم تحضري الليلة منزلي شرط الحنث عدم الفعل والعدم يتحقق بدون الاختيار، وإن لم يمنعه أحد عن التحول وعن نقل الأمتعة فخرج من ساعته لطلب مسكن آخر، وكان في طلب مسكن آخر فترك الأمتعة أياماً فقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: لا يحنث، وهكذا ذكر القدوري في «شرحه» وهو الصحيح، لأن طلب المنزل من عمل النقل والتحول، فإن المعتاد فيما بين الناس النقل من منزل إلى منزل، وأما طرح الأقمشة في السكة فليس بمعتاد، فتصير مدّة طلب المنزل مستثناة إذا لم يفرط في الطلب، وكذلك إن بقي في نقل الأمتعة أياماً كثيرة، ولم يستأجر لذلك حمّالين بل جعل ينقل بنفسه شيئاً فشيئاً لم يحنث إذا لم يفرط؛ لأن المعتبر هو الانتقال المعتاد لا الانتقال على أسرع الوجوه فما دام في المعتاد لا يحنث في يمينه.

وفي «القدوري»: القول إذا كان النقلات لا تغير لم يحنث.

وفي «المنتقى»: يقول: إن نقل كما ينقل الناس لا يحنث، وإن نقل على غير ما ينقل الناس يحنث وإن خرج بنفسه ونقل بعض الأمتعة إلى منزل آخر وترك البعض في هذا المنزل، اختلفوا في هذه المسألة على ثلاثة أقاويل، قال: أبو حنيفة رضي الله: عنه يحنث في يمينه، إذا ترك شيئاً من الأمتعة وإن قل، وقال أبو يوسف: إن نقل الأكثر وترك الأقل لا يحنث، وإن نقل الأقل وترك الأكثر يحنث، وقال محمد: إذا ترك من المتاع مقدار ما يتأثر له السكنى بذلك القدر من المتاع في هذا المنزل فإنه يحنث، وإن ترك مقداراً لا يتأتى له السكنى بذلك القدر في هذا المنزل فإنه لا يحنث في يمينه.

قال مشايخنا: ما ذكر من الجواب على قول أبي حنيفة: فذلك إذا كان الباقي ما يقصد بالسكنى أما إذا لم يكن بهذه الصفة بأن كان وتَدَاً أو مكنسة أو قطعة حصير لا يحنث في يمينه.

وقال الفقيه أبو الليث في «فتاويه»: في هذه المسألة على قول أبي يوسف، وفي «المنتقى» رواية إبراهيم عن محمد إذا نقل العمامة من متاعه حتى يقال قد انتقل فلم يبق إلا شيء يسير لم يحنث في قولنا، وأما قول أبي يوسف: فهو حانث حتى ينقله كله.

وفي «الأمالي»: عن أبي يوسف إذاكان المتاع المتروك يشغل بيتاً يحنث، وإن كان

لا يشغل بيتاً ولا طائفة منها لا يحنث، ولست أحد في ذلك حدّاً، وإنما هو على ما تعارفه الناس.

وإن أخرج الأمتعة كلها إلى السكة أو إلى المسجد ولم ينقل إلى منزل آخر هل يبقى ساكناً حتى يحنث في يمينه؟ اختلف المشايخ فيه وهذا إذا لم يكن في طلب منزل آخر، فأما إذا كان في طلب منزل آخر لا يحنث بالإجماع، هذا إذا عقد يمينه على المصر فخرج بنفسه وترك أهله ومتاعه فيه لا يحنث في يمينه، بخلاف ما إذا عقد يمينه على الدار أو على البيت. والفارق هو العرف فإن من يكون ببصرة لا يقال: هو ساكن ببغداد، وإن كان أهله ونقله ببغداد، فأما في المصر من يكون في السوق يقال هو ساكن محلة كذا إذا كان أهله ونقله في تلك المحلة.

وإذا عقد يمينه على القرية فقد اختلف المشايخ فيه. قال «القدوري»: والقرية في هذا بمنزلة المصر وإذا قال: به اين ديه بباشم فذهب بنية أن لا يعود ثم عاد وما .....(١) يحنث في يمينه قالوا: هذا إذا عاد للسكنى والقرار، فأما إذا عاد للزيارة وللسكنى أياماً لينقل متاعه لا للسكنى والقرار لا يحنث في يمينه، وإذا عاد للسكنى والقرار يكتفى بسكنى ساعة للحنث، ولا يشترط الدوام عليه.

وإذا قال اكرارين كوى بروم وكذا فرقين صدبا شتدى وبا شيدى سكنىٰ، وحكم السكنى قد مرّ، وإذا حلف لا يسكن في دار فلان فسكن في دار بين فلان وبين غيره يحنث في يمينه قلّ نصيب ذلك الغير أو كثر، وقد ذكرنا باقي مسائل الدخول: إذا حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً مشتركاً بينه وبين غيره فإن كان المحلوف عليه يسكن الدار يحنث، وإن كان لا يسكنها لا يحنث، فيتأمل عند الفتوى.

وإذا قال لامرأته: إن سكنت هذه الدار فأنت طالق، وكانت اليمين بالليل فإنها معذورة حتى تصبح؛ لأنها في معنى المكرهة في هذه السكنى؛ لأنها تخاف ليلاً. ولو قال ذلك في حق نفسه لم يكن معذوراً لأنه لا يخاف بالليل حتى لو تحقق الخوف في حقّه أيضاً من جهة اللصوص أو ما أشبه ذلك كان معذوراً.

وإذا قال: اكرامن مشب سه آكن شهر باسم فكذا، فأصابه الحمى وصار بحال لا يمكنه الخروج حتى أصبح يحنث، فرّق بين هذا وبينما إذا قيّده، والفرق أن المقيد في معنى المكره والمريض لأنه يمكنه أن يستأجر من ينقله عن البلد، والمقيّد [٣٩٢أ/ ١]. لا يمكنه ذلك لأن الذي قيده يمنعه حتى لو لم يمنعه كان المقيد كالمريض أيضاً هو الصحيح.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: إذا قال: إن سكنت هذه مكر اهذه وشويده فكذا، وهو فيها فهذا على الإتيان للزيارة أو للضيافة، حتى أنه إذا ذهب بأهله ومتاعه من ساعته، ثم جاء زائراً أو ضيفاً لا يحنث.

رجل نزل في خان فحلف بالفارسية اكرمن مشب اينجا باشم فكذا ينوي؛ لأنه

---

(١) بياض بالأصل.

يحتمل أنه أراد بقوله أينجا الحجرة التي نزل فيها في الخان.

ويحتمل أنه أراد به المصر، وإن لم يكن له نية فيمينه على الخان وإذا حلف الرجل لا يسكن بيتاً ولا نية له فهذا على وجهين: إن كان الحالف مصرياً فسكن في بيت من شعر أو فسطاط أو خيمة لا يحنث. وإنما يحنث إذا سكن في بيت مبني من مدر، وإن كان الحالف بدوياً فسكن في بيت من مدر أسكن في بيت شعر يحنث، لأن البدوي يتعارف كلا النوعين بيتاً، فأما المصري فلا.

وإذا حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها مع زوجته فخرج، وخالفته زوجته وأبت الخروج، فإن عليه أن يجتهد في ذلك، فإذا صارت عالية بمنزلة الغاصب لم يحنث، وإن خاصم إلى السلطان أو لم يخاصم فهو سواء.

وفي «مجموع النوازل» إذا قال: والله لا أسكن هذه الدار فخرج بنفسه. وقال: عنيت بقولي: لا أسكن، بنفسي دون أهلي ومتاعي صحت نيته. وفي «القدوري»: إنه لا يصدق قضاءً. وإذا حلف الرجل لا يسكن داراً اشتراها فلان فاشترى فلان داراً لغيره وسكن الحالف فيها يحنث، فإن كان قال: نويت داراً اشتراها فلان لنفسه فإن كانت اليمين والله تعالى فهو مصدَّق في نيته، لأنه نوى تخصيص ما في لفظه، والعام يحتمل الخصوص، والأمر فيما بينه وبين الله تعالى، فيكون مصدقاً. وإن كانت اليمين بطلاق أو عتاق لا يصدق في القضاء. وهو نظير ما لو حلف لا يأكل طعاماً ونوى طعاماً دون طعام.

وإذا حلف الرجل لا يساكن فلاناً فاعلم بأن المساكنة هو القرب والاختلاط، فإنها على ميزان المفاعلة، فيشترط للحنث وجود فعل السكنى من كل واحد منهما على سبيل المخالطة، والسكنى في مكان إنما تثبت بنفسه ومتاعه ونقله وأهله، إن كان له أهل، فإذا سكنا في بيت واحد كل واحد بأهله ونقله ومتاعه فقد سكنا على سبيل المخالطة، فيتحقق شرط الحنث وهو المساكنه، فيحنث. ولذلك إذا سكنا في دار كل واحد في بيت على حدة فيحنث في يمينه، لأن جميع الدار مسكن واحد، وإن كان مقاصير وحجر فسكن كل واحد في حجرة أو مقصورة على حدة لا يحنث في يمينه، هكذا ذكر في «الأصل»، وذكر القدوري: لو ساكَنَهُ في دار هذا في حجرة أو مقصورة وهذا في حجرة أو هذا في منزل وهذا في منزل يحنث. إلا أن تكون الدار كبيرة فيها مقاصير ومنازل. وهذا قول أبي يوسف: بالدار الكبيرة فقال: كدار الوليد بالكوفة. قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: وكدار نوح ببخارى فمحمد رحمه الله جعل الحجرتين كالدارين، فإن كل واحد منهما منقطعة عن الأخرى حقيقة وحكماً. أما حقيقة فظاهر.

وأما حكماً بدليل أن الساكن في إحدى الحجرتين إذا سرق من الحجرة الأخرى يقطع، وأبو يوسف جعل الحجرتين كالبيتين من دار واحدة، باعتبار العرف والاختلاط، إلا أن تكون الدار كبيرة عظيمة، فتكون كدارين في مجلس. ولو حلف لا يساكنه في هذه الدار فسكن أحدهما حجرة والآخر حجرة حنث، لأن الدار جمعتهما.

وفي «المنتقى»: إذا حلف لا يساكن فلاناً فسكنا في دار كل واحد منهما في مقصورة لا يحنث، ولو كان في دار مقصورة فسكن أحدهما في الدار والآخر في المقصورة يحنث، ولو سكنا كلٌ واحد في حجرة، قال أبو حنيفة رضي الله عنه: يحنث. وقال أبو يوسف: لا يحنث.

ولو حلف لا يساكنه فساكنه في حانوت من السوق، ويعملان فيه عملاً لا يحنث. واليمين على المنازل التي فيها المأوىٰ؛ لأن المراد من السكنى الكون في المكان الذي يأوي إليه، ألا ترى أنه لا يقال: فلان يسكن السوق، وإن كان يَتَّجِرُ فيه، إلا إذا كان هناك دلالة تدل على أن المراد به نزل المساكنة في السوق فحينئذ تحمل يمينه عليه بالدلالة، ولذلك إذا نوى المساكنة في السوق تحمل يمينه عليها، لأنه شدد الأمر على نفسه.

ولو حلف لا يساكن فلاناً بالكوفة فهو على المساكنة في دار بالكوفة حتى لو سكن الحالف في دار المحلوف عليه في دار أخرى لا يحنث؛ لأن المساكنة هي المخالطة وذلك لا يوجد إذا سكنا في دارين، وتخصيص الكوفة بالذكر لتخصيص اليمين بها حتى لا يحنث بالمساكنة في غيرها إلا إذا نوى أن لا يسكن هو والمحلوف عليه بالكوفة، فحينئذ يكون على ما نوى، لأنه شدد الأمر على نفسه.

ولذلك إذا حلف لا يساكن فلاناً في هذه القرية فهو على أن يساكنه في تلك القرية في دار واحدة. وكذلك إذا حلف لا يساكنه فساكنه في سفينة ومع كل واحد أهله ومتاعه، واتخذها منزلاً يحنث في يمينه، وهذا مساكنة في حق الملاحين وكذلك أهل البادية إذا جمعتهم خيمة واحدة، وإن تفرقت الخيام لم يحنث وإن تقاربت؛ لأن الخيام في حق أهل البادية كالدور في أهل [٣٩٢ب/ ١] الحضر، وكذلك السفن في حق أهل الملاحين.

ولو حلف لا يساكنه ونوى في بيت واحد أو حجرة واحدة أو منزل واحد كان كما نوى، ولا يحنث ما لم يساكنه فيما نوى، وهذا مشكل لأن المسكن ليس بملفوظ ونيّة التخصيص لا تعمل فيما ليس بملفوظ، والجواب إنما لا تصح نيته في تخصيص المسكن، وإنما تصح في تخصيص المساكنة بيانه وهو أن الفعل يقتضي المصدر، فيصير المصدر وهو المساكنة بذكر الفعل كالمذكور لغة، وإنها نوعان: كاملة وهي أن يجمعهما بيت واحد مع متاعهما ونقلهما وأهلهما إن كان لهما أهل، وما دونهما ناقصه بمقابلتهما، والناقص من الكامل نوع آخر، فتصح النية في تعيين المساكنة لا في تخصيص المسكن، حتى لو نوى بيتاً بعينه لا تصح نيته، لأهن نوى تخصيص المسكن.

وفي «المنتقى»: إذا حلف لا يساكن فلاناً فخرج المحلوف عليه إلى موضع وسكن الحالف مع امرأته، قال أبو حنيفة: هو ساكن وحنث في يمينه، وقال أبو يوسف: إن كان المحلوف عليه قد خرج مسيرة ثلاث فصاعداً لم يحنث الحالف بالمساكنة مع أهله، وإن كان أقل من ذلك يحنث.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد: إذا حلف الرجل لا يساكن فلاناً فنزل منزلاً

ومكث فيه يوماً أو يومين أو ما أشبه ذلك لا يحنث في يمينه، ولا يكون مساكناً له حتى يقيم معه في منزل خمسة عشر يوماً، مقدار ما لو نوى الإقامة فيه أكمل الصلاة.

قال: وهذا بمنزلة رجل قال: والله لا أسكن الكوفة فمرّ بها مسافراً، ونوى أن يقيم أقلّ من خمسة عشر يوماً، ولو نوى أن يقيم خمسة عشر يوماً كان مساكناً، والمذكور في «الجامع» بخلاف ما ذكر ابن سماعة، فقد ذكر في «الجامع» إذا قال الرجل: إن ساكنت فلاناً في هذه الدار في شهر رمضان فكذا، ولا نيّة له فساكنه ساعة من شهر يحنث في يمينه، وفرّق بين المساكنة على رواية «الجامع» وبين الصوم، فقال: إذا حلف لا يصوم شهر رمضان بالكوفة فصام يوماً أو ساعة من شهر رمضان بالكوفة لا يحنث في يمينه ما لم يصم جميع شهر رمضان بالكوفة، والفرق أن المساكنة مما لا يختص جوارها بالوقت، ومثل هذا الفصل متى أضيف إلى وقت كان ذكر الوقت للظرف، لا لتقدير الفصل به، فأمّا الصوم فعل تتعلق صحته بالوقت، فإنه يصح بالأيام دون الليالي، ومثله هذا الفعل متى أضيف إلى وقت كان ذكر الوقت لتقدير العقد به، لا لكونه ظرفاً فيشترط وجود الفعل في جميع المدة.

فإن كان الحالف قال في مسألة المساكنة: عنيت مساكنة فلان جميع شهر رمضان على سبيل دوام دُيّن فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يدين في القضاء، هكذا ذكر في «الجامع». وكان أبو بكر الأعمش البلخي، وأبو بكر محمد بن الفضل البخاري رحمهما الله يقولان: ينبغي أن يُدّين في القضاء والصحيح ما ذكر في «الجامع». هذا إذا عقد يمينه على المساكنة.

وإن عقد يمينه على السكنى بأن قال: إن سكنت هذه الدار شهر رمضان فعبدي حر لم يذكر محمد هذه المسألة في «الجامع»، وقد اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا: لا يحنث ما لم يسكن فيها جميع الشهر، وبعضهم قالوا: يحنث إذا سكن فيها ساعة لأن الحامل له على اليمين معنى في الدار أو مخالطة صاحب الدار، وذلك يحمله على منع النفس من أهل السكنى فيحنث بالسكنى ساعة، كما في مسألة المساكنة، وإلى هذا مال القاضي الإمام أبو عاصم العامري(١).

وفي «المنتقى» لو أن رجلاً كان ساكناً مع رجل، فحلف أن لا يساكنه فتحول وحوّل متاعه الذي كان فيه فيكون فيه بالنهار ويتحول بالليل فهو مساكن له وفيه أيضاً: إذا حلف الرجل لا يساكن عبد فلان فتحول المولىٰ وساكن الحالف، وجاء المولىٰ بالعبد ومتاعه يعني متاع العبد وكان العبد بالنهار في خدمة المولىٰ ويتحول بالليل إلى موضع آخر ويثبت ثمة قال الحالف حانث، وإن كان متاع العبد في منزل المولىٰ ويضاف ذلك المنزل إلى العبد، وكان العبد بالنهار في منزل المولى في خدمته وبيته في المنزل الذي متاعه فيه لا يحنث الحالف.

---

(١) أبو عاصم العامري: هو محمد بن أحمد الحنفي العامري صاحب كتاب «المبسوط» في الفروع الحنفية. (انظر: الجواهر المضية ٤/٥٨، الفوائد البهية ص ١٦٠).

وفي «القدوري»: إذا كان مساكناً مع رجل فحلف أن لا يساكنه، ثم إن الحالف وهب متاعه للمحلوف وسلّمه إليه وخرج من ساعته وليس من ذاته العود فليس بمساكن له، لأنه انتقل وليس له في ذلك المنزل متاع، وكذلك إن أودعه المتاع أو أعاره ثم خرج وهو لا يريد العود؛ لأن المال في يد المستودع والمستعير فصار الساكن هو المستودع والمستعير وخرج رب المال في أن يكون ساكناً. وروى إبراهيم عن محمد مثل هذا في الزوجة فقال: إذا قال لها: أنت طالق إن ساكنتك في هذا المنزل، فأودعها متاعه أو باعها متاعه، ثم خرج يطلب منزلاً فبقي في ذلك يوماً أو يومين أو ثلاثة لا يقدر على منزل، قال: إذا كان لا يريد العود إليها فليس بساكن لها.

إذا حلف لا يساكن فلاناً فدخل فلان دار الحالف غصباً، فإن لم يأخذ الحالف في النقلة حنث. إذا حلف لا يسكن فلاناً هذه الدار وهو ساكنها فتركه فيها أو لم يتركه، وقاتله ليخرج فأبى أن يخرج فهو حانث. ولو حلف لا يُسكنها إياه هذه السنة، وقد كان آجرها منه فأبى المستأجر أن يخرج بحق إجارته لم يحنث. وكذلك لو لم يخاصمه. وإن حلف رب الدار أن لا يتركه فتركه ولم يخاصمه يحنث، وإن خاصمه فقضى عليه لم يحنث، وكذلك إذا قال له: اخرج فأبىٰ أن يخرج فقد برّ في يمينه، إنما يمينه على السكوت عنه، ولو كانت الإجارة مشاهدة كل شهر بأجر مسمى، فحاله إذا حلف في بعض الشهر مثل حاله في السنة، ولو كان الحالف في رأس الشهر إن سكت عنه حنث. وإن قال له: اخرج فأبىٰ، وصار بحال يكون غاصباً فإن: رب الدار الآن غير مسكن ولا تارك.

وفي «الجامع»: إذا قال الرجل عبدي حرّ إن لم أساكنك شهراً، فترك مساكنته يوماً أو أكثر لا يحنث في يمينه، حتى يتركها شهراً من حين حلف، وإنما كان [٣٩٣/أ/١] كذلك لأن اليمين إن عقدت على نفي المساكنه صورة، فقد عقدت على إتيان المساكنة في الشهر الذي يلي اليمين معنى؛ لأن تقدير يمينه أساكنك هذا الشهر، فإن لم أساكنك فعبدي حر، فكان البر متعلقاً بالمساكنة، والحنث بترك المساكنة، ولو تعلّق الحنث بالمساكنة والحنث بترك المساكنة، بأن قال إن ساكنتك شهراً حنث بوجود المساكنة في ساعة، فإذا تعلق البر بالمساكنة وجب أن يترك وجود المساكنة في ساعة أيضاً. وإنما اعتبرنا شرط البر بشرط الحنث، لأن البر يحصل ما أوجبه باليمين، والحنث ترك ذلك. وإذا تعلق البر بوجود المساكنة ساعة فنقول: ما دام الشهر باقياً، فشرط البر وهو المساكنة في ساعة واحدة مرجوة ومع رجاء شرط البر لا يمكن القول بوقوع الحنث، فإذا مضى الشهر ولم يساكنه فقد فات شرط البر فيقع.

قال محمد رحمه الله ألا ترى أنه لو أطلق اليمين حتى انعقدت يمينه على العمر، كان شرط الحنث ترك المساكنة في جميع العمر، ما دام حياً لا يحنث، لتوهم وجود شرط البر وهو المساكنة في ساعة واحدة من العمر، كذا ههنا.

ويعتبر الشهر من وقت اليمين، لأن اليمين عقدت على النفي صورة، فيعتبر بما لو عقدت على الإتيان صورة، بأن قال: إن ساكنتك، وهناك تعتبر المدة من وقت اليمين،

فإن لم يساكن فلاناً حتى مضى شهر من حين حلف، إلا أنه لم يحول متاعه ونقله من الموضع الذي يسكنان فيه هل يحنث؟ لم يذكر هذا الفصل في «الجامع»، ويجب أن لا يحنث، لأنه ما دام نقله ومتاعه هناك يعتبر مساكناً فيه، وإن لم يكن هو هناك. ألا ترى لو عقد يمينه على المساكنة فإن قال: إن ساكنتك شهراً فعبدي حر، فذهب بنفسه إلا أنه لم يحول نقله ومتاعه يحنث في يمينه، ويعتبر مساكناً حتى يحنث في يمينه، فههنا يجب أن يعتبر مساكناً حتى يبرّ في يمينه، والذي ذكرنا من الجواب في قوله: إن لم أساكنك فهو الجواب في قوله: إن لم أكلمك شهراً، إن لم أجالسك شهراً إذ المعنى لا يوجب الفصل، وصار الأصل في جنس هذه المسائل أن النفي صورة يعتبر بالإثبات صورة، فما كان شرطاً للبر في الإثبات، كان شرطاً للحنث في النفي، وما كان شرطاً للحنث في الإثبات كان شرطاً للبر في النفي، فعلى هذا يقاس جنس هذه المسائل.

ولو حلف لا يسكن دار فلان فباعها فلان فسكنها الحالف، فالمسألة على ثلاثة أوجه: إن كان نوى باليمين عين الدار يحنث في يمينه. وإن كان نوى باليمين الإضافة لا يحنث. وإن لم تكن له نيّة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يحنث، وقال محمد: يحنث.

ولو حلف لا يسكن دار فلان هذه فسكن منزلاً منها حنث في يمينه، وإن نوى أن لا يسكنها كلها لم يحنث حتى يسكنها كلها، وكذلك لو حلف في هذا بطلاق أو عتق لا يحنث، ويكون مصدقاً في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى.

ولو حلف لا يسكن داراً لفلان وهو يعني بأجر أو عارية فسكنها على غير ما عنى، ولم يكن قبل ذلك كلام، فإنه يحنث ولا يعمل بنيّته، لأنه نوى التخصيص في البيت الذي يتمكن به من السكنى، وإنه ليس بملفوظ، وإن كان قبل ذلك كلام يدل عليه بأن استأجرها منه أو استعارها منه فأبىٰ فحلف فهو ينوي السكنى بالإجارة، فسكن بالعارية، وعلى العكس لا يحنث. رجل قال: يا فلان يا شنر درين دية ما من وحلف على ذلك، فلم يرتحل فلان ومكث الحالف أياماً ثم ارتحل حنث في يمينه، لأن معنى كلامه اكر فلان ما شردرين دية من تناشم فشرط حنثه ياسدي وي اكر فلان واشدو فلان باثند ودي تبرماشد فتحقق شرط حنثه فيحنث.

وإذا حلف لا يسكن هذه الدار سنة فسكن فيها ساعة فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في قوله: إن سكنت هذه الدار شهر رمضان، والفتوى على الحنث، وذكر السنة لبيان تأقيت اليمين حتى لا يبقى اليمين بعد مُضي السنة، وإذا قال: لا أسكن هذه الدار هذه السنة، أو هذا اليوم أو هذا الشهر فهو على بقيّة السنة واليوم والشهر.

نوع
آخر في الإيواء والبيتوتة والكينونة والإقامة

إذا حلف لا يبيت الليلة في هذه الدار، وقد ذهب ثلثا الليل فبات بقية ليله لا يحنث.

واعلم بأن البيتوتة هو الكينونة أكثر من نصف الليل سواء نام في ذلك الموضع أو

لم ينم، والأصل هو الكينونة بالليل وللأكثر حكم الكل، فإذا ذهب أكثر الليل ثم بات بقية ليله لم يحنث.

وإذا قال: والله لا أبيت على سطح هذا البيت، وعلى هذا البيت الذي حلف عليه غرفة فأرض الغرفة سطح البيت فيحنث إذا بات عليه.

ولو حلف لا يبيت على سطح فبات على هذا لا يحنث وإذا قال: لا أبيت الليلة في هذا المنزل فخرج بيديه فبات خارجاً منه ومتاعه فيه لا يحنث. وهذا على نفسه وليس على المتاع والإيواء هو الكون في مكان قليلاً كان المكث أو كثيراً ليلاً أو نهاراً، وهذا قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد لأن الإيواء هو المصير، أي: الموضع. قال الله تعالى: ﴿سَـَٔاوِىٓ إِلَىٰ جَبَلٍ يَعْصِمُنِى﴾ [هود: ٤٣] أي: أصير، فإن نوى يوماً أو أكثر فهو على ما نوى. وروي عن أبي يوسف أنه إذا حلف لا يؤوي فلاناً فإن كان المحلوف عليه في عيال الحالف لم يحنث، إلا أن يعيده إلى مثل ما كان عليه، وإن لم يكن في عياله فهو على ماعنى، ولو دخل المحلوف عليه بغير إذنه فرآه فسكت لم يحنث. لأنه حلف على فعل نفسه ولم يوجد.

وإذا حلف لا يقيم في هذه الدار، كان أبو يوسف يقول: إذا أقام فيها ساعة واحدة يحنث، وهو قول محمد. وإذا حلف لا يقيم بالرقة شهراً فليس بحانث حتى يقيم بها تمام الشهر. وإذا قال: والله لا أكون في منزل فلان غداً، فإذا كان فيه شيئاً يحنث.

نوع آخر
في الخروج والإتيان والذهاب [٣٩٣ب/١] والعيادة والزيارة والبعث والإرسال والرجوع والغيبة

قال القدوري: الخروج من الدار المسكونة أن يخرج بنفسه ومتاعه وعياله، والخروج من البلدة والقرية أن يخرج ببدنه خاصة. زاد في «المنتقى»: إذا خرج ببدنه فقد برّ به أراد سفراً أو لم يرده.

ولو حلف لا يخرج من بيته، يعني هذا البيت الذي هو فيه فخرج إلى صحن الدار قال المتأخرون من مشايخنا: هذا الجواب بناءً على عرفهم، فإنهم لا يُسمون صحن الدار بيتاً، وأما في عرفنا فصحن الدار يُسمىٰ بيتاً فلا يحنث ما لم يخرج إلى السكة وعليه الفتوى.

وإذا حلف لا يخرج من هذه الدار فأخرج إحدى رجليه من الدار لا يحنث في يمينه، هكذا ذكر محمد رحمه الله المسألة في «الأصل»، بعض مشايخنا قالوا: إذا كان خارج الدار أسفل يحنث في يمينه، وبعضهم قالوا: إذا كان الاعتماد على الرجل الخارج يحنث. وإن لم يكن خارج الدار أسفل إلا أن في ظاهر الرواية عن أصحابنا لا يحنث على كل حال، وبه أخذ شمس الأئمة الحلواني، وشمس الأئمة السرخسي رحمهما الله، هذا إذا كان يخرج قائماً بالقدم.

فأما إذا كان قاعداً فأخرج قدميه وبدنه في البيت لا يحنث في يمينه، إلا إذا قام على قدميه فحينئذ يحنث، وأما إذا كان مستلقياً على ظهره أو على بطنه أو جنبيه فدُحرج حتى صار بعض بدنه خارج الدار يصير خارجاً وإن كان ساقاه في الدار؛ لأن القاعد والقائم لا يُسمى خارجاً من الدار إلا بالقيام على القدمين خارج الدار، فأما المستلقي والمضطجع يُسمى خارجاً بخروج أكثر الأعضاء.

وإذا حلف لا يخرج من هذه الدار أو من هذا المسجد فأمر إنساناً فحمله حتى أخرجه يحنث، إن أخرجه مكرهاً لا يحنث. ومسألة الخروج في هذه الصورة على التفاصيل التي ذكرنا مسألة الدخول قبل هذا.

وإذا حلف لا يخرج من هذه الدار وفي الدار شجرة أغصانها خارج الدار فارتقى تلك الشجرة حتى توسط الطريق، وصار بحال لو سقط سقط في الطريق لا يحنث، سواء كان الحالف من بلاد العرب أو كان من بلاد العجم، أما إذا كان من بلاد العجم فظاهر، لأن العجم لا يعدون هذا خروجاً من الدار، وأما إذا كان من بلاد العرب فلأن الشجرة التي في الدار بمنزلة بناء الدار، فصار كما لو دخل كنيفاً في الدار، وهناك لا يحنث، فههنا كذلك. فقد قيل: يجب أن يحنث في يمينه، استدلالاً بمسألة ذكرها في المناسك.

وصورة المسألة: شجرة أصلها خارج الحرم وبعض أغصانها في الحرم جلس على غصن من أغصانها طائر فرماه حلال وقتله، قال: ينظر إن كان الطير على موضع لو سقط سقط في الحرم فعلى الرامي الجزاء، وإن كان على موضع لو سقط سقط في الحل فلا جزاء على الرامي، واعتبر مكان الطائر فكذا ههنا، ولكن هذا مشكل بمسألة الكنيف.

وإذا قال لها: إن خرجت من هذه الدار فأنت طالق، فقامت على إسكفة الباب وبعض قدميها بحيث لو أغلق الباب كان ذلك المقدار داخلاً، خارجاً فإن كان اعتمادها على البعض الداخل أو عليهما لا تطلق، لأنها لم تخرج، وإن كان اعتمادها على البعض الخارج تطلق، هكذا ذكر في أيمان «الصغير». وقد قيل: على قياس مسألة إخراج إحدى الرجلين ينبغي أن لا تطلق في ظاهر رواية أصحابنا، لأن الخروج هو الانفصال من داخل إلى الخارج، ولم يوجد وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين المسألتين.

وفي «فتاوى أبي الليث»: رجل حلف لا يخرج من هذه الدار، ورجل أخر حلف أن لا يدخل فقاما على سطح الدار لا يحنث واحد منهما، إذا كان الحالفان من بلاد العجم، أما الحالف على الدخول فلما ذكر في مسائل الدخول، وأما الحالف على الخروج فلأن هذا لا يُعد خارجاً من الدار في بلاد العجم.

قال الصدر الشهيد في «واقعاته»: ومثل هذا جائز فإن من حلف لا يدخل هذه الدار، وحلف آخر أن لا يخرج منها، فأدخل الحالف على الدخول إحدى رجليه، وأخرج الحالف على الخروج إحدى رجليه لا يحنث واحد منهما. فكذا ههنا.

وإذا حلف لا تخرج امرأته من هذه الدار، فخرجت من أي موضع خرج إما من باب الدار أو من فوق الحائط وإمّا من ثقب ثقبه يحنث في يمينه، لأن شرط الحنث

خروجها من هذه الدار وقد خرجت من أي موضع تخرج، وأمّا إذا حلف لا يخرج من باب هذه الدار، فمن أي باب خرجت حنث سواء خرج من باب قديم أو من باب حديث أحدثه بعد ذلك، لأن شرط حنثه الخروج من باب هذه الدار أي باب كان فإنه لم يعين باباً، وإن خرج من فوق الحائط أو من ثقب ثقبه لا يحنث في يمينه، لأنه ما خرج من باب هذه الدار، هكذا ذكر بعض مشايخنا في شرح أيمان «الأصل».

وذكر في الحيل إذا حلف لا يخرج من باب هذه الدار فخرج إلى السطح إلى دار بعض الجيران، أو فتح باباً آخر لهذه الدار وخرج من ذلك الباب لا يحنث في يمينه، قال أبو نصر الدبوسي: الصحيح أنه يحنث. لأن الكل باب هذه الدار. وأما إذا حلف لا يخرج من هذه الدار من هذا الباب فخرج من باب آخر غير الباب الذي عينّه، ذكر في أيمان «الأصل» أنه لا يحنث، وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب المضاربة أنه يحنث، وهو اختيار الفقيه أبي القاسم الصفار، ووجه ذلك أن التعيين غير مقيّد لأن [١/٣٩٤أ] الخروج الذي من الباب الذي عينّه الزوج ومن باب آخر من حيث إنه يغيظ الزوج سواء، والجواب لا بُد أن التعيين مُفيد، لأن الباب الذي يعنيه الزوج، ربما يكون إلى الطريق الأعظم والآخر إلى السكة، وخروجها إلى الطريق قد يغيظ الزوج وخروجها إلى السكة لا يغيظه فكان التعيين مفيداً، فيجب اعتباره. قال الفقيه أبو جعفر: كان نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة فيما أظن، ومن أدركته من مشايخنا رحمهم الله يرونه حانثاً ويصرفون اليمين إلى الخروج من الدار. قال رحمه الله: وهو الأشبه إذا كان سبب يمينه كراهية خروجها من الدار، ولا يرون الباب شرطاً. وعن محمد بن عبد الله ومحمد بن أحمد الإسكاف أنهما كانا يفتيان بالحنث أيضاً إذا كان سبب يمينه كراهية الخروج، وإن كان سبب يمينه معنى في الباب من مسامير حديد تشق ثيابها أو قوم جلوس على الباب وكره أن ينظروا إليها، فإنها لو خرجت من غير هذا الباب لا يحنث في يمينه، وسيأتي بعد هذا من هذا الجنس من المسائل.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: وإذا حلف الرجل فقال: إن خرجت إلى مكة فعبدي حر فخرج من مصره يريد مكة، ثم رجع قال: قد حنث في يمينه.

واعلم بأن ههنا ثلاثة ألفاظ:

أحدها: لفظة الخروج والجواب فيها ما ذكرنا أنه يحنث إذا خرج من مصره يريد مكة ثم رجع؛ لأن الخروج عبارة عن الانفصال من داخل إلى خارج، فإذا انفصل عن وطنه قاصداً مكة فقد خرج إليها. قال الله تعالى ﴿وَمَن يَخْرُجْ مِنۢ بَيْتِهِۦ مُهَاجِرًا﴾ [النساء: ١٠٠] الآية والمراد من الآية الذي مات قبل الوصول إلى مكة، ويشترط في هذه المسألة أن يجاوز عمران مصره على نية الخروج إلى مكة. فأما قبل أن يجاوز عمران مصره لو رجع لا يحنث وإن كان على هذه النية، فرق بين هذا وبينما إذاحلف لا يخرج إلى جنازة فلان فخرج من باب داره يريد الخروج إلى جنازة فلان ثم خرج يحنث في يمينه، والفرق أن الخروج إلى مكة سفر والإنسان، لا يُعد مسافراً ما لم يجاوز عمران مصره، ولا كذلك الخروج إلى جنازة فلان.

اللفظة الثانية: لفظة الإتيان، فإن حلف لا يأتي مكة والجواب فيها أنه لا يحنث ما لم يصل إلى مكة، لأن الإتيان عبارة عن الوصول قال الله تعالى ﴿فَأْتِيَاهُ فَقُولَآ﴾ [طه: ٤٧] والمراد هو الوصول إليه. ويقال في العرف: أتينا بلدة كذا، والمراد هو الوصول.

واللفظة الثالثة: الذهاب بأن حلف لا يذهب إلى مكة، وقد اختلف فيه نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة، قال نصير: إنه بمنزلة الإتيان فلا يحنث ما لم يصل إلى مكة، قال: محمد بن سلمة: إنه بمنزلة الخروج. قال الصدر الشهيد في «واقعاته»: وهذا لأن الذهاب والخروج يستعملان استعمالاً واحداً. يقال في العرف: ذهب فلان إلى مكة اليوم إذا خرج على قصد أن يأتيها، كما يقال: خرج ووجدت في «المنتقى» رواية عن محمد أن الذهاب بمنزلة الخروج، وهذا إذا لم يكن له نية. فإن نوى بالذهاب الإتيان فهو على ما نوى حتى لا يحنث بمجرد الخروج، لأن الذهاب يحتمل معنى الإتيان قال الله تعالى ﴿اذْهَبَآ إِلَىٰ فِرْعَوْنَ﴾ [طه: ٤٣] إلا أن الذهاب للخروج أصل على أصح القولين فيحمل عليه عند الاطلاق، وإذا نوى الإتيان تصح نيته كما في الخروج إذا كان الشرط مجرد الخروج وفي الذهاب كذلك على أصح القولين بشرط الخروج عن قصد، وفي الإتيان إذاكان الشرط هو الوصول، لا يشترط القصد إذا وصل حنث وإن لم يقصد.

وإذا حلف لا يخرج إلى جنازة فلان وهو في منزل من داره فخرج على نية الخروج إلى جنازته ثم رجع قبل أن يخرج من باب الدار لا يحنث في يمينه. بخلاف ما إذا رجع بعد ما خرج عن باب الدار حيث يحنث في يمينه، لأنه لا يُعد خارجاً إلى جنازة فلان ما دام في داره، ويُعد خارجاً إليها إذا خرج من باب الدار.

ولو حلف لا يخرج من الري إلى الكوفة فخرج من الري يريد مكة وطريقه على الكوفة. قال محمد رحمه الله: إن كان حين خرج من الري نوى أن يمر بالكوفة فهو حانث، وإن كان نوى أن لا يمر بها، ثم بدا له بعد ما خرج وصار إلى الموضع الذي تقصر فيه الصلاة فمرّ بالكوفة لا يحنث، لأن الخروج عبارة عن الانفصال فتعتبر النية حالة الانفصال وإن كان بيته حين حلف بأن لا يخرج إلى الكوفة، ثم بدا له في الحج فخرج من الري ونوى أن يمر بالكوفة لم يحنث فيما بينه وبين الله تعالى.

ولو حلف لا يخرج من الدار إلا إلى المسجد فخرج يريد المسجد، ثم بدا له بعد ذلك إلى غير المسجد لا يحنث، لما ذكرنا أن الخروج عبارة عن الانفصال فتصير النية حالة الانفصال.

وإذا حلف لا يخرج إلى مكة ماشياً فخرج من عمران مصره ماشياً يريد مكة ثم ركب حنث، لأنه وجد الشرط وهو الخروج ماشياً. ولو خرج من عمران مصره راكباً ثم نزل ومشى لا يحنث، لأنه لم يوجد الشرط. ولو حلف لا يأتي بغداد ماشياً فركب حتى دنا منها فنزل ودخلها ماشياً يحنث؛ لأنه قد أتاها ماشياً، لأن الإتيان عبارة عن الوصول.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: إذا قال لها إن خرجت من هذه الدار فأنت طالق، فخرجت من الدار إلى البستان، فإن كان البستان من الدار لا يحنث، وأما كون البستان

من الدار قد ذكرناه في مسائل الدخول، وإن لم يكن البستان من الدار يحنث.

وفي «فتاوى أبي الليث» إذا قال لها: إن خرجت من هذه الدار فأنت طالق، فخرجت إلى كرم في الدار، إن كان الكرم يُعدّ من الدار بأن يُفهم بذكر الدار لا يحنث. قال ثمة: وإنما يُعد من الدار ويُفهم بذكرها إذا لم يكن كبيراً ولم يكن مفتحه إلى غير الدار.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: إذا حلف لا يخرج من باب هذه الدار وهو ينوي باب الخشب فرفع الباب ثم خرج [٣٩٤ب/ ١] من ذلك الموضع لا يحنث، ولو لم يرد باب الخشب يحنث، لأنه إذا نوى باب الخشب واليمين وقعت على غير الباب، وإذا لم ينوي باليمين وقعت على موضع الباب.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: امرأة تخرج من دارها إلى سطح جارها فغضب الرجل وقال: إن خرجت من هذه الدار إلى سطح الجار أو إلى الباب فأنت طالق، فخرجت إلى سطح جارٍ آخر لم يحنث، لأن دلالة الحال أو جببت التقييد بذلك الجار، ولو لم يكن تقدمت هذه المقدمة يحنث، لأن اللفظ عام ولم يوجد المخصص، وقد مرّت المسألة في متفرقات الطلاق بخلاف ما ذكرها هنا.

وفي «المنتقى»: إذا حلف الرجل أن لا تأتي امرأته عرس فلان، فذهبت قبل العرس وكانت ثمة حتى مضى العرس لا يحنث، هكذا ذكر في «المنتقى»، وعلل ثمة فقال: لأنها ما أتت العرس، العرس أتاها.

ولو حلف لا يأتي فلاناً، فهذا على أن يأتي منزله أو حانوته، لقيه أو لم يلقه، وإن أتى مسجده لم يحنث رواه إبراهيم عن محمد. وفي «المنتقى»: لزم رجلاً وحلف الملتزم ليأتينه غداً، فأتاه في الموضع الذي لزمه فيه لا يَبَرّ حتى يأتي منزله. فإن كان لزمه في منزله فحلف ليأتينه غداً، أو تحول الطالب من منزله فأتى الحالف المنزل الذي كان فيه الطالب فلم يجده لا يبر حتى يأتي المنزل الذي تحول إليه. ولو قال إن لم آتك غداً في موضع كذا فعبدي حر، فأتاه فلم يجده فقد بر إنما هذا على إتيان ذلك الموضع فلم يجده حيث حنث، لأن هذا على أن يجتمعا.

حلفت المرأة أن لا تخرج إلى أهلها، ولها أبوان وأخوان فأهلها أبواها وليس أحد بأهل لها. ولو كانت زفت إلى زوجها من منزل أختها وأبواها حيّان كان مثل ذلك، وإن لم يكن أبوان فأهلها كل ذي رحم محرم منها، وإن كان الأب متزوجاً والأم متزوجة ولكل واحد منهما منزل على حدة، فالأهل منزل الأب لا منزل الأم.

وفي «المنتقى»: وفي هذا الموضع أيضاً: إذا قال الرجل لامرأته. إن خرجت من هذه الدار فأنت طالق، فخرجت بعد ما قال إن خرجت من هذه الدار فأنت قبل قوله طالق لا تطلق حتى تخرج مرّة أخرىٰ بعد اليمين إلا أن يكون ابتداء اليمين على منازعة بينهما على الخروج، فإن كان كذلك لم تطلق وإن خرجت بعد ذلك؛ لأن يمينه على الخروج الأول.

وفيه أيضاً: إذا حلف ليعودن فلاناً أو ليزورنه فأتى بابه فلم يؤذن له فرجع، ولم يصل إليه لا يحنث في يمينه. وإن أتى بابه ولم يستأذن قال: يحنث في يمينه، ما لم يصنع من ذلك ما يصنع العائد والزائر. قيل: وعلى قياس قوله إن لم أخرج من هذا المنزل الليلة فمنع يجب أن يحنث في الوجهين.

وفيه أيضاً: إذا قال لامرأته: إن لم أرسل إليك الشهر بنفقتك فأنت طالق، فأرسل لها على يدي إنسان وضاعت من يدي الرسول لم يحنث، لأنه قد أرسل، وكذلك إن قال: إن لم أبعث إليك بنفقة هذا الشهر. وفي «فتاوىٰ أبي الليث» رحمه الله إذا قال: امرأته طالق ما لم يخرج إلى الكوفة فمضى في وجهه إلى المكاري ومكث ساعة يماكس المكاري فكارىٰ وذهب لا تطلق، لأنه انقطع الفور واليمين ههنا على الفور، ولو اشتغل بالوضوء للصلاة المكتوبة أو بالصلاة المكتوبة لا يحنث، لأنه عذر فصار مستثنياً، وإن اشتغل بصلاة التطوع أو بالوضوء لها أو بأكل أو بشرب حنث، لأن هذا ليس بعذر.

وفي «العيون»: إذا قال لامرأته: إن خرجت من هذه الدار إلا من أمر لا بد منه فأنت طالق، فادعت هي حقاً إن قدرت على أن توكل حنث؛ لأن لها منه بد، وإن لم تقدر لا يحنث، لأنه لا بد لها منه.

وفي «فتاوىٰ أبي الليث» أيضاً: إذا ذهبت امرأة رجل إلى منزل والدها فبعث إليها زوجها وسألها العود إلى منزلها فأبت، فحلف الزوج بثلاث تطليقات إن لم يذهب بها إلى منزله ليلته تلك فخرجت معه وذهب بها إلى منزله قبل انفجار الصبح، فإن كان أكثر الليلة رجوت أن لا يحنث. قال الصدر الشهيد: والمختار أنه لا يحنث، لأنه ذهب بها الليلة.

وفي هذا الموضع أيضاً: رجل يستأجر مع امرأته، فقال: إن خرجت من ههنا اليوم فإن رجعت إلى سنة فأنت طالق، فخرجت اليوم إلى الصلاة أو غيرها ثم رجعت فإن كانت سبب اليمين خروج الانتقال والسفرة تطلق، لأن يمينه تقيد بذلك النوع من الخروج دلالة.

وفي «فتاوى الفضلي»: إذا قال لها عند خروجها من المنزل: إن رجعت إلى منزل فأنت طالق ثلاثاً، فجلست ولم تخرج زماناً ثم خرجت ورجعت، والزوج يقول: أردت العود لا يصدق وطلقت ثلاثاً. قال الصدر الشهيد: والظاهر يصدق ولا تطلق، لأنه لو قال: إن خرجت ولا نية له ينصرف إلى تلك الخرجة إذا قال: إن رجعت ونوى الرجوع بعد هذه الخرجة كان أولى أن ينصرف إلى الرجوع عن هذه الخرجة. امرأة مع زوجها في منزل والدها فقال لها الزوج: إن لم تذهبي معي فأنت طالق ثلاثاً، فرجع الزوج وخرجت هي على إثره وبلغت المنزل معه أو قبله، قال: إن خرجت بعده بوقت لا يعد خروجها معه حنث، لوجود سبب الحنث.

في «فتاوى أهل سمرقند»، وفي «مجموع النوازل»: إذا قال لامرأته: إن تركتك فخرج من الدار فأنت طالق، ثم قال لها: تركتك ثم أبى أن يدعها، قال: قد حنث حين قال لها: تركتك لوجود شرط الحنث، وهو الترك.

وفي «فتاوى أبي الليث»: رجل وامرأته في الغرفة أو على السطح أرادت أن تنزل وتذهب إلى [٣٩٥أ/ ١] أختها، فقال الزوج: إن نزلت من السلم وذهبت إلى بيتها فأنت طالق، فنزلت وما ذهبت لا تطلق، وإن نزلت من جانب آخر لا من السلم وذهبت إلى بيت أختها تطلق، لأن المقصود الذهاب إلى بيت الأخت والنزول من السلم غير مقصود، فلم يتعلق به الحكم.

رجل كان جالساً مع والديه في كرم من كروم قرية فتشاجرا فقال الرجل: اكسر من انتحا اثم ارسيس اتز فامرأته كذا، فقد قيل يمينه، وقد قيل ينظر إلى سابقة كلامهما وإلى سبب اليمين إن كان سابقة كلامهما تدل على إرادته المجيء إلى الكرم ويمينه على الكرم، وإن كان سابقة كلامهما تدل على إرادته المجيء إلى القرية فيمينه على القرية وإن لم تدل سابقة كلامهما على شيء فيمينه على الكرم.

رجل قال: إن لم أذهب بثوبي إلى جهنم فأحرقه فامرأتي طالق ثلاثاً طلقت ظاهراً؛ لأن العدم ثابت فهو كقوله إن لم أمس السماء.

إذا حلف لا يزورفلاناً حياً وميتاً، فشيع جنازته لا يحنث، لأن تشييع الجنازة لا تسمى زيارة، وإن زار قبره يحنث؛ لأن زيارة القبر زيارة الميت.

امرأة أخذت ثوباً من ثياب زوجها فقال لها الزوج: إن لم تردي ثوبي الساعة فأنت طالق، فذهبت لترده فلحقها الزوج وهي تأخذ الثوب من القنية فأخذ الزوج من القنية أو منها قبل أن ترفع هي لا يحنث، كذا اختاره الفقيه أبو الليث. وعلى قياس ما ذكرنا قبل هذا أن اللفظ مراعى في باب الأيمان ينبغي أن يحنث.

رجل غاب عن داره ساعة ثم رجع وظن أن المرأة غائبة عن الدار، فقال: إن لم آت بامرأتي إلى داري الليلة فهي طالق، فلما أصبح قالت المرأة: كنت في الدار وكان كذلك لم تطلق عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأن اليمين تنعقد. وإن قالت: كنت غائبة إن صدقها الزوج في ذلك طلقت لأن الزوج قد أقرّ بالطلاق في «فتاوى أبي الليث».

وفيه أيضاً: رجل حلف ختنه بطلاق بهذه اللفظة إن غبت بعد هذا عن امرأتك ولم ترجع إليها عند رأس الشهر فامرأتك طالق ثلاثاً، فقال الختن بالفارسية همستة وعلى يرد على هذا ثم غاب أكثر من شهر تطلق امرأته، لأن هذا جواب الحلف.

رجل قال لامرأته: إن لم تذهبي وتجيئي بفلان فأنت طالق فذهبت لتجيء به فجاء فلان من جانب آخر، فقد حكى فتوى شمس الإسلام الأوزجندي أن فلاناً إن جاء لا بدعوتها تطلق، وقد قيل: ينظر إن كان غرض الحالف نفس مجيء فلان لا تطلق إذا جاء فلان بدعوتها وقد مرّ جنس هذه المسألة في كتاب الطلاق.

عن ابن مقاتل أنه سئل عن رجل قال لامرأته: إن لم تجيئي غداً بمتاع كذا فأنت طالق، فبعث به مع إنسان قال: إن كان مراده وصول عين المال إليه لا يحنث، وإن كان غرضه أن تحمل بنفسها تطلق.

رجل حلف لغيره بهذه اللفظة: لا أخرج من البلدة حتى أريك نفسي فأراه نفسه من

مكان بعيد فإن عرفه فلان لا يحنث في يمينه، لأنه أراه. وكذلك إذا أراه نفسه من فوق الحائط، وقال: أنا فلان وهو لا يصل إليه لا يحنث، وانتهت اليمين.

رجل قال لامرأته: اكر فلان خيراز خانة ليرون بيارىٰ اليوم فأنت طالق، ولم يكن ذلك الشيء في البيت لا تطلق امرأته عند أبي حنيفة، لأن اليمين لم تنعقد.

حلف بالفارسية نابية كه فردانة درشراي وإلى روم يا فلان بهمني كه يرمن بهاده سنة درست كيد فردانة درسراي وإلى رقبة إلا أن كه إن فلان بكر تحت فقد قيل: إن عقد يمينه مؤقتاً بأن قال: يا فلان بهمني كه يومن بهادش فردادرست عند لا يحنث في يمينه عندهما واكرسوكند مطلق جوردست سوكند بركردن ايد، وقاسه على مسألة الكوز، والصواب أنه لا يحنث، لأنه عقد يمينه على الذهاب لأجل درست كردن فلان، وقد ذهب لأجل ذلك فهو بمنزلة قول الرجل لغلامه إن لم تأتني حتى أضربك فأتاه ولم يضربه، وكثير من مسائل هذا النوع مرّ في كتاب بالطلاق.

نوع
آخر في النظر واللقاء والرؤية والمشاهدة والجمع

إذاحلف الرجل أن لا ينظر إلى فلان فنظر إليه من خلف ستر فتبين له وجهه من خلفه، أو نظر إليه من خلف زجاج تبين له من خلفه وجهه فقد نظر إليه وحنث في يمينه، وكذلك لو نظر إلى فرج من وراء ستر حرمت عليه ابنتها، ولو نظر إليه في مرآة لا يحنث في يمينه، ولا تحرم عليه ابنتها إذا نظر إلى فرجها، هكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله، لأن في المرآة ما نظر إليه وإلى فرجها وإنما نظر إلى خياله.

وفي «المنتقى»: إذا كان جالساً في الشمس أو في القمر، فحلف وقال: ما رأيت الشمس أو قال: القمر فهو حانث إلا أن يعني القرص فيُدين فيما بينه وبين الله تعالى، وكذلك السراج والنار ينظر إلى ضوئها على حائط.

وفي «المنتقى»: إذا حلف أن لا ينظر إلى فلان فنظر إلى يده أو رجله أو رأسه، قال محمد رحمه الله: إن نظر إلى رجله أو يده فلم يره، وإنما الرؤية على الوجه والرأس، أو على البدن فإن نظر أعلى رأسه فلم يره، وإن نظر إلى ظهره فقد رآه، وإن نظر إلى صدره وبطنه فقد رآه، وإن رآى أكثر بطنه أو صدره فقد رآه، وإن رأى منه شيئاً قليلاً أقل من النصف فلم يره.

وإن حلف على امرأة ورآها جالسة أو قائمة متنقبة أو متقنعة فقد رآها إلا أن يكون عنى وجهها، فيدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء، إلا أن يكون قبل ذلك كلام يدل عليه فيدين فيه.

ولو قال: إن رأيت فلاناً فعبدي حر، فرآه ميتاً أو مكفناً قد غُطي وجهه. قال محمد رحمه الله: يحنث، لأن الرؤية على الحياة والممات جميعاً، والرؤية بعد الموت كالرؤية في حالة الحياة ألا ترى أن لو رأيته. [٣٩٥ب/ ١] مغطاً وجهه فما رأيته وهذه المسألة

نظير رواية في فصل، اختلف فيه المشايخ أن من حلف أنه لم ير فلانة وقد رآها تحت النقاب وفارسيته: روى ببر أنة يحنث في يمينه.

وفي «البقالي» إذا قال: لا أنظر إلى وجهها فرأى عينها في نقاب لم يحنث حتى يرى الأكثر. ولو قال لعبده: إن لقيتك فلم أبصر بك فامرأتي طالق، فرأه من قدر ميل أو أكثر قال محمد: لا يحنث، لأن هذا ليس بلقاء ألا ترى أنه لو رآه على ظهر بيت من بعيد وهو لا يصل إليه أيحنث في يمينه؟ لا شك أنه لا يحنث.

ولو حلف إن رأىٰ فلاناً ليضربنه، فالرؤية على القريب والبعيد، والضرب متى شاء إلا أن يعني الفور.

وفي «نوادرهشام» عن محمد: إذا قال: والله لا أشهد فلاناً في المحيىٰ والممات، فهذا على أن لا يشهد جنازته وموته. وفي «المنتقى»: إذا قال: والله لا يجمعني وإياك سقف بيت فهذا على المساكنة إن جالسه في فسطاط أو بيت أو خيمة حنث في يمينه، وكذلك إذا جالسه في سفينة وإن صلى الحالف في مسجد جماعة مع فلان في القوم لم يحنث، وإن كان أحدهما في المسجد فجاء الآخر وجلس إليه فقد حنث، وإن جلس بعيداً منه ولم يجلس إليه لا يحنث، وكذلك البيت الواسع، وكثير من مسائل النظر مرّ في كتاب الطلاق.

نوع آخر
في النوم والجلوس والركوب

وفي «الفتاوىٰ»: إذا حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل ذلك الفراش في فراش آخر ونام عليه لا يحنث. قال: ألا ترىٰ أنه لو جعل هذا الفراش في فراش ديباج يسمى فراش ديباج، ولو أخرج الحشو من الفراش ونام عليه قال: أرجو أن لا يحنث. ولو رفع الظهارة ونام على الصوف لا يحنث، قاله أبو القاسم. وسئل نصير عمن قال لامرأته: إن نمت على ثوبك فأنت طالق فاتكأ على وسادتها، أو وضع رأسه على مرفقها، أو اضطجع على فراشها، قال: إن وضع جنبه على ثوب من ثيابها أو وضع أكثر جسده تطلق. أما بمجرد الاتكاء والجلوس ووضع الرأس لا تطلق. وهكذا فتوى شمس الإسلام فيما إذاحلف لا ينام على هذا البساط فوضع رأسه عليه.

وفي «فتاوىٰ أبي الليث» إذا قال: إن نمت هذه الليلة في هذه الدار فامرأته طالق، وقد انفجر الصبح وهو لا يعلم به لا يلزمه حكم الحنث بسبب هذه اليمين أبداً، لأنه عقد يمينه على النوم في الليلة الماضية، فهو نظير قوله: إن صمت أمس فكذا. ولو قال: إن لم أبت الليلة في هذه الدار فكذا وباقي المسألة بحالها فكذلك عندهما وهي معروفة.

وفيه أيضاً: إذا حلف لا ينام حتى يقرأ كذا فنام جالساً قبل أن يقرأه اسماً لا يحنث، لأن النوم جالساً غير مراد من هذه اليمين عادة، لأنه لا يمكن الاحتراز عنه ولا يقع الحنث. وسئل أبو بكر عمن حلف لا ينام على الفراش ما دام في الغربة فتزوج امرأة في بلدة هل ينام على الفراش، قال: إن تزوجها على نية أن يطلقها أو يذهب بها فهو

غريب، وإن لم ينو النقلة ونحوها فهو ليس بغريب.

وفي «الجامع الأصغر»: إذا حلف لا ينام في هذا البيت فأدخل فيه نائماً، قال: إن استيقظ فلبث مضطجعاً حتى غشيه النوم حنث، وإن لم يغشه لم يحنث. وفي «مجموع النوازل»: إذاحلف الرجل بالفارسية كه دوش نه حصه أم وخشم كرم نه كردام وحشم برحشم في نهاده أم وهو قد اضطجع على فراشه إلا أنه لم ينم قال: إن نوى به حقيقة النوم لا يحنث، وإن لم تكن له نية حنث إذا وضع جنبه وضم عينيه.

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: وإذا حلف الرجل أن لا يجلس على هذا الفراش أبداً ولا نية له ففرش فوق الفراش المحلوف عليه فراشاً آخر وجلس عليه لا يحنث في يمينه.

الأصل في جنس هذه المسائل أن المانع نفسه عن الجلوس على شيء باليمين إذا جلس على شيء آخر، جعل فوق ذلك الشيء المحلوف عليه ينظر إن كان الذي جلس عليه تبعاً للمحلوف عليه في الجلوس عليه، لا تنقطع نسبة الجلوس إلى المحلوف عليه، وإن كان الذي جلس عليه أصلاً في الجلوس عليه تنقطع نسبة الجلوس إلى المحلوف عليه.

إذا ثبت هذا فنقول: الفراش الأعلى أصل ومقصود في الجلوس عليه فتنقطع نسبة الجلوس عليه، ألا ترى أن في العرف يسمى جالساً على الفراش الأعلى حتى إن الفراش الأعلى إذا كان من ديباج والأسفل من الكرباس[1]، إذا أخبرت عن جلوس نفسك قلت: جلست على الديباج، ولا تقول: جلست على الكرباس. وعلى هذا إذا حلف لا يجلس على هذا الفراش، أو قال: على هذه الطنفسة فجعل فوقه فراشاً وجلس عليه لا يحنث، وإنما لا يحنث لما قلنا. وكذا لو حلف لا يجلس على هذا الثوب ففرش فوقه فراشاً وجلس عليه لا يحنث لما قلنا. قال في «الكتاب»: ألا ترى أنه لو حلف لا يجلس على هذه الأرض ففرش عليها فراشاً وجلس لا يحنث في يمينه، وإنما لا يحنث لما قلنا.

وفي «القدوري» عن أبي يوسف إذا حلف لا ينام على هذا الفراش ففرش فوقه فراشاً آخر ونام عليه إنه يحنث. لأنهما مقصودان بالنوم عليها لزيادة التدثر، وتبين بما ذكر في «القدوري» أن ما ذكر في «الجامع» قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وإن نوى أن لا يجلس عليه في هذه الوجوه، وإن كان فوقه شيء آخر صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء، لأنه نوى حقيقة كلامه؛ لأنه جالس على الأسفل حقيقة، لأن قرار الأعلى على الأسفل وفيه تغليظ عليه. ولو قال: عبده حرّ إن جلس على هذا الفراش ففرش فوقه حلساً[2]، وجلس عليه يحنث في يمينه، وكذلك إذا حلف لا يجلس على هذا

---

(١) الكرباس بالكسر: ثوب من القطن الأبيض، معرّب، فارسيته بالفتح، غيّروه لعزّة فعلال، والنسبة: كرابيسيّ.

(٢) الحِلْسُ، بالكسر: كساءٌ على ظهر البعير تحت البرذعة، ويبسط في البيت تحت حُرِّ الثياب، ويحرك، جمعه: أحلاس وحلوس، وحلسة. وأرض محلسة: صار النبات عليها كالحلس كثيرةً.

البساط، أو على هذه الطنفسه، لأن المحلس تبع للفراش، والبساط في الجلوس لا يجلس عليه وحده، ولا يفرش للجلوس عليه وحده، وإنما يفرش على البساط والفراش، فلا يقطع نسبة الجلوس إلى الفراش.

قال في «الكتاب»: ألا ترى أن في العرف يسمى جالساً على البساط دون المحلس حتى أن المحلس إذا كان ضرياً والفراش والبساط من ديباج، يقال: جلس على الديباج.

ولو حلف لا يجلس على هذا السرير، أو حلف لا يجلس على هذا الدكان فبسط عليه فراشاً وجلس عليه يحنث، وكذلك إذا حلف لا ينام على هذا الدكان [٣٩٦أ/ ١] فبسط عليه فراشاً ونام عليه يحنث في يمينه، لأن الجلوس على السرير والدكان والنوم على السطح في العرف يكون هكذا حتى أن في العرف يُعد من كان جالساً على السرير والدكان نائماً على السطح. ولو جعل فوق السرير المحلوف عليه سريراً، أو بنى فوق الدكان دكاناً أو فوق السطح سطحاً أو جلس على الأعلى أو نام على الأعلى لا يحنث في يمينه، لأن الثاني مثل الأول في كونه أصلاً ومقصوداً في الجلوس فتنقطع النسبة إلى الأسفل.

وفي «القدوري»: إذا حلف لا يجلس على الأرض فهو على أن يكون بينه وبين الأرض شيء غير ثيابه لأن المتفاهم من الجلوس على الأرض هذا. وفيه أيضاً لو حلف لا يمشي على الأرض فمشىٰ عليها بخف أو نعل يحنث، ولو مشى على بساط بسط على الأرض لا يحنث لأن المتفاهم من المشي على الأرض الأول دون الثاني.

وفيه أيضاً: إذا حلف لا ينام على ألواح هذا السرير أو على ألواح هذه السفينة، ففرش على ذلك فراشاً ونام عليه لا يحنث، لأنه لم ينم على الألواح.

وإذاحلف لا يركب دابة فركب فرساً أو حماراً أو بغلاً يحنث في يمينه، ولو ركب بعيراً لا يحنث في يمينه، استحساناً واعلم بأن الدابة متى ذكرت مقرونة بالركوب يراد بها في العرف ما يركب من الدواب في غالب البلدان، وما يركب من الدواب في غالب البلدان الفرس والحمار والبغل، فأما البعير يحمل الأثقال فإن نوى جميع ذلك فهو على ما نوى، لأنه نوى حقيقة كلامه؛ لأن الدابة حقيقة اسم لما يدب على الأرض، وإن عنى نوعاً من هذه الأنواع بأن نوى الخيل وحده، أو الحمار وحده، دين فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يدين في القضاء، لأنه نوى التخصيص من لفظ عام. ولو قال لا أركب فيمينه على ما يركب الناس من الفرس والبغل، ولو ركب فيمينه على ما يركب الناس من الفرس والبغل، ولو ركب ظهر إنسان يعبر النهر لا يحنث، لأن أوهام الناس لا تسبق إليه.

وفي «فتاوىٰ أبي الليث» ولو قال: لا أركب ونوى الخيل أو الحمار لا يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأن الملفوظ فعل الركوب دون المركوب، ونية التخصيص إنما تصح في الملفوظ. ولو حلف لا يركب فرساً فركب برذوناً؛ أو حلف لا يركب برذوناً فركب فرساً لا يحنث، لأن البرذون غير الفرس والفرس غير البرذون لأن الفرس اسم للعربي والبرذون اسم للعجمي فهما نوعان مختلفان، وإن كان الجنس .....[1] عقد يمينه على

(١) بياض بالأصل.

أحدهما لا يحنث بالآخر، كما لو حلف لا يكلم عربياً وكلم عجمياً أو حلف لا يكلم عجمياً وكلم عربياً.

ولو حلف لا يركب شيئاً من الخيل فركب فرساً أو برذوناً يحنث في يمينه، لأن الخيل اسم جنس فيدخل تحته العربي والعجمي وصار كما لو حلف لا يكلم إنساناً فكلم عربياً أو عجمياً حنث في يمينه، لأن الإنسان اسم جنس. ولو حلف لا يركب دابة فحمله إنسان وهو كاره لم يحنث، لأنه لم يركب وإن حمله بأمره يحنث.

ولو حلف لا يركب دابة فركب دابة بسرج أو إكاف أو ركب عرياناً يحنث، لأن ركوب الدابة على هذه الوجوه معتاد فيما بين الناس، فينصرف مطلق الركوب إلى الكل ولو حلف لا يركب مركباً ولا ينوي شيئاً فركب في سفينة أو محمل أو ركب على دابة بإكاف أو سرج يحنث، لأن المركب اسم لما يركب عليه عادة، والسفينة مما يركب عليها في البحر عادة فهي مركب البحر، والدابة يركب عليها في البر.

وفي «الفتاوى» لأبي الليث: إذا كان الحالف من أهل بلادنا فيمينه على البرذون والفرس، لأن الناس إذا ذكروا المركب في بلادنا بلفظ العربية يفهمون الفرس دون غيره. ولو حلف لا يركب هذه الدابة بعينها، فنتجت بعد اليمين فركب ولدها لم يحنث، لأن شرط الحنث ركوب الأم لا ركوب الولد.

وإذا حلف لا يركب بهذا السرج فزاد فيه شيئاً أو نقص منه شئياً من غير أن يبدل الخباء والدفتين ثم ركبه حنث، ولو بدل الخباء والدفتين وترك اللبد لا يحنث، وهذا لأن السرج اسم للخباء والدفتين، فإذا لم يبدلهما فالاسم الأول لم يزل، وإذا بدلهما فالاسم قد زال.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف: إذا حلف لا يحمل فلاناً على هذه الدابة وكان فلان راكباً عليها فتركه عليها لا يحنث في يمينه.

وفيه أيضاً: إذا حلف ليركبن هذه الدابة اليوم فأوثق وحبس فلم يقدر على ركوبها حتى مضى اليوم حنث، وعلى قياس مسألة السكنى التي تقدم ذكرها ينبغي أن يحنث وإذا قال: كلما ركبت دابة فلله علي أن أتصّدق بها فركب دابة وتصدق بها ثم اشتراها ثم ركبها وتصدق بها، ثم اشتراها يلزمه التصدق بها، وكذلك في كل مرة وإن كان ألف مرة وهذا، بخلاف ما لو قال لامرأته: كلما تزوجت امرأة فأنت طالق، فتزوج ثلاث نسوة حتى تطلق امرأته ثلاثاً وتزوجت بزوج آخر وعادت إلى الزوج الأول ثم تزوج امرأة أخرى حيث لا تطلق هذه التي حلف عليها، لأن هناك اليمين انعقدت على طلقات ذلك الملك، وههنا انعقدت على الملك المطلق.

نوع آخر

في السفر والمشي والمصاحبة والمرافقة والدنو والمناولة

وفي «المنتقى»: إبراهيم عن محمد رحمه الله فيمن قال: إن لم أسافر سفراً طويلاً ففلانة حرة قال: إن كان نيتُه على ثلاثة أيام فصاعداً فهو على ما نوى، وإن لم تكن له نية فهو على سفر شهر.

وفي «نوادر هشام»: عن أبي يوسف في رجل خرج في سفره ومعه رجل آخر وهو يريد موضعاً قد سماه فحلف لا يصحب هذا في غير هذا السفر فلما سار معه في بعض الطريق بدا لهما، فجاء إلى مكان آخر سوى السفر الذي أراده قال: لا يحنث؛ لأنه على السفر الأول بعده. في «نوادر هشام» قال: سمعت محمداً يقول في رجل حلف أن لا يمشي اليوم إلا ميلاً [٣٩٦ب/ ١] فخرج من منزله فمشى ميلاً ثم انصرف إلى منزله حنث، لأنه قد مشى ميلين.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف رجل قال: والله لا أصاحب فلاناً وهما في سفر، فإن كان الحالف يسير في قطار والمحلوف عليه في قطار فليسا بمصاحبين، وإن كانا في قطار واحد فهما مصاحبان، وإن كانا أحدهما في أول القطار والآخر في آخره. وكذلك إذا كانا في سفينة هذا في باب وهذا في باب وإن كان طعام كل واحد منهما على حدة، ألا ترى أن دخولهما ونزولهما وخروجهما واحد.

وروى داود بن رشيد عن محمد فيمن قال لغيره: والله لا أرافقك، قال: إن كان معه في محمل أو كان كراؤهما واحداً وقطارهما واحداً فهو مرافق وإن كراؤهما مختلفاً فليس بمرافق وعن أبي يوسف هي الاجتماع في الطعام. وإذا قال لامرأته وهو بقرب ابنه: إن دنوت مني فأنت طالق، فدنت منه وألقت على الابن كساء روى المعلى عن أبي يوسف أنه قال: إذا دنت منه دنواً لو مدت يدها فرقت بينهما أو حجزت بينهما فقد حنث الرجل، وما لا فلا.

وفي «المنتقى»: إذاحلف الرجل لتناولنّه امرأته هذا الشيء فرمت به إليه من مكان قريب أو بعيد فقد بر.

نوع آخر
في الحلف على الإنفاق وملك المال و ذهاب المال

وفي «نوادر ابن سماعه» عن محمد: إذا قال: والله لا أنفق هذه الدنانير فاشترى بها دراهم وأنفق حنث؛ لأنه منفق لها حين اشترى بها دراهم، وكذلك لو قضى بها ديناً حنث في يمينه لأن قضاء الدين إنفاق. وفي «المنتقى» عن أبي يوسف فيمن حلف فقال: والله لا أملك إلا مالاً، على قياس قول أبي حنيفة: هذا على الأموال التي تجب فيها الزكاة.

وفيه أيضاً: لو أن رجلاً له دين على الناس وليس عنده إلا عشرة دراهم فقال: والله ما أملك إلا عشرة دراهم ينوي العشرة التي عنده لا يصدق في القضاء. وفي «الأصل»: إذا حلف أن لا مال له دين على رجل مفلس أو مليء لم يحنث، وكذلك لو غصب مال رجل واستهلكه وأقر له به أو حجده وهو قائم بعينه. ولو كان الغاصب مقراً والمغصوب قائم بعينه فقد اختلف المشايخ فيه، ولو كان له وديعة عند إنسان والمودع مقر به حنث، ولو كان عنده ذهب أو فضة قليلاً أو كثيراً حنث، وكذلك إذا كان عنده مال التجارة ومال السائمة. وإن كان له عروض وحيوان غير سائمة لم يحنث استحساناه.

وفي «المنتقى» رجل دفن ماله في موضع من منزله ثم طلبه ولم يجده فحلف أنه قد ذهب ماله ثم وجده في موضعه قال محمد رحمه الله: إن لم يكن أخذه إنسان وأعادة، فإني أخاف أن يكون حانثاً إلا أن تكون نيته في قوله: إنه ذهب أنه طلبه ولم يجده.

نوع آخر في الضرب
والقتل والرمي والتعذيب والحبس والشجة

وإذا حلف الرجل ليضربن عبده مائة سوط ولا .....[1] له فضربه مائة سوط وخفّف، فإنه يبر في يمينه لوجود شرط البر هو ضرب مائة سوط. قالوا: وهذا إذا ضربه ضرباً يتألم به، وأما إذا ضربه بحيث لم يتألم به لا يبر؛ لأنه ضرب صورة لا معنى والعبرة للمعنى: ولو ضربه بسوط واحد له سفينان خمسين مرة كل مرة تقع السفينان على يديه بر في يمينه؛ لأنه صار ضارباً مائة سوط لما وقع السفينان على يديه في كل مرة، ألا ترى أن الإمام يصير مقيماً حد الربا بهذا المقدار، فكذا الحالف يصير باراً في يمينه، وإن جمع الاسواط جماعة وضربه بها ضربة إن ضربه بعرض الأسواط لا يبر؛ لأن كل الأسواط لا تقع على يديه وإنما يقع البعض، وإن ضربه برأس الأسواط، ينظر إن كان قد سوّى رؤوس الأسواط قبل الضرب حتى إذا ضربه ضربة أصابه رأس كل سوط بر في يمينه، وأما إذا اندس بعض الأسواط في البعض فإنما يقع البر بقدر ما أصابه، وما اندس من الأسواط لا يقع به البر عليه عامه المشايخ.

ومن المشايخ من شرط البر مع تسوية رؤوس الأعواد أن يكون كل عود بحال لو حصل به الضرب حالة الانفراد يوجع به المضروب. ومنهم من قال: إذا ضربه بالأعواد ويوجع المضروب بها بر في يمينه، سواء أصابه رأس كل عود واندس البعض في البعض، وسواء كان كل عود بحال لو حصل الضرب به حالة الانفراد توجع به المضروب أو لم يتوجع. وبعضهم قالوا بالحنث على كل حال، والفتوىٰ على قول عامة المشايخ.

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا حلف الرجل لا يضرب عبده فوجأه أو قرصه أو قدّ مشفره، وزاد في «الجامع الصغير»: العض وأجاب بالكل بالحنث؛ لأنه قد ضربه لأن الضرب اسم لفعل يتصل بالحي يحصل به الوجع والألم، وهذه الأفعال بهذه الصفة، فكانت ضرباً. قالوا: وهذا إن كانت هذه الأفعال في حالة الغضب على قصد الانتقام، فأما إذا فعلها على سبيل الممازحة فأوجعها أو أصاب رأس أنفها فأدماها لا يحنث في يمينه، لأنه لا يعد هذا ضرباً فيما بين الناس ولا يكون هذا مقصود المولى باليمين.

وبعض مشايخنا قالوا: إذا عقد يمينه بالفارسية لا يحنث في يمينه بهذه الأفعال، لأن هذه الافعال بلسان الفارسية لا تسمى ضرباً. إذا قال لها: إن ضربتك فأنت طالق

---

(١) بياض بالأصل.

ففرت منه فأصابها ذكر في «مجموع النوازل» أنه يحنث؛ لأن عدم القصد لا يعدم الفعل، وهكذا كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني[١]، وقيل: بأنه لا يحنث؛ لأنه لا يتعارف هذا ضرباً، والزوج لا يقصده بيمينه. وهكذا ذكر البقالي في «فتاويه»، وهو الأظهر والأشبه.

وإذا حلف لا يضربها فنفش ثوبه فأصاب وجهها فأوجعها، ذكر في «فتاوى أبي الليث» أنه لا يحنث؛ لأنه لا يتعارف هذا ضرباً ولا يقصده بيمينه، وهذه المسألة تؤيد قول من قال بعدم الحنث في المسألة المتقدمة.

وإذا حلف لا يضربها فرماها بحجارة لا يحنث في يمينه، لأن هذا رمي وليس بضرب، هكذا ذكر في «المنتقى».

وفيه أيضاً: إذا قال: والله لأضربنك بالسيف ولا نية له فضربه بعرض السيف برّ في يمينه، وإن كان نيته على الحد فهو على الضرب بالحد، وإن ضربه في عمدة ولا نية له لم يبر في يمينه. وإن قطع السيف غمده وخرج الحد وجرح المحلوف عليه برّ في يمينه.

وإذا حلف لا يضرب فلاناً بالفأس فضربه بمقبض الفأس وقال: سنته دسته بتر، لا يحنث، لأنه لم يضربه بالفأس. إذا قال لها: كلما ضربتك فأنت طالق، فضربها بكفه فوقعت الأصابع متفرقة لم تطلق إلا واحدة؛ لأن الأصل في الضرب الكف والكف واحد، ولو ضربها بيديه طلقت بطلقتين، لأن الضرب إتيان وعلى هذا القياس فافهم، هكذا في [٣٩٧ب/ ١] «فتاوى أهل سمرقند».

وفي «فتاوى أبي الليث»: إذا حلف لا يضربك فلان بنصل هذا السكين أو بزُج[٢] هذا الرمح، فنزع هذا النصل أو هذا وأدخل آخر فضربه لا يحنث في يمينه. لأن يمينه انعقد على ذلك النصل والزُّج ولم يضربه به. وإذا حلف الرجل وقال لامرأته: إن لم أضربك اليوم فأنت طالق، وقالت المرأة: إن أمس عضوَك عضوي فجاريتي حرة، ذكر في «فتاوى أهل سمرقند»: أن الحيلة أن تبيع المرأة جاريتها من رجل. . . . .[٣] ثم يضربها الزوج ضرباً خفيفاً فيبر في يمينه ويسقط يمين المرأة ثم تشتري المرأة الجارية من مشتريها ولا تعتق. قالوا: ولا حاجة إلى هذه الحيلة في هذه الصورة؛ لأنه يمكن للزوج ضربها بالخشبة، ولا تعتق الجارية عليها؛ لأنه لم يمس عضوه عضوها وإنما يحتاج إلى هذه

---

(١) ظهير الدين المرغيناني: هناك اثنان يلقبان بظهير الدين المرغيناني: الأول: علي بن عبد العزيز بن عبد الرزاق المرغيناني ظهير الدين الكبير الحنفي المتوفى سنة ٥٠٦هـ، له من المصنفات: «أقضية الرسول ﷺ»، «كتاب الأقضية» ولعلهما كتاب واحد، «فوائد في الفروع» لولده ظهير الدين الحسن، «مناقب الإمام الأعظم». (كشف الظنون ٥/ ٦٩٤ ـ ٦٩٥). والثاني: ابنه الحسن بن ظهير الدين الكبير علي بن عبد العزيز بن عبد الرزاق المرغيناني، ظهير الدين أبو المحاسن الفقيه الحنفي، توفي سنة ٦١٩هـ، من تصانيفه: «أقضية الرسول ﷺ»، «كتاب الشروط». (كشف الظنون ٥/ ٢٨٠).

(٢) الزج: الحديدة في أسفل الرمح.

(٣) بياض بالأصل.

الحيلة أن لو كانت المرأة قالت: إن ضربتني فجاريتي حرة.

وفي «واقعات الناطفي»: إذا قال لعبده: إن لقيتك فلم أضربك فكذا فرآه من قدر ميل أو على ظهر بيت لا يصل إليه ولا يحنث في يمينه؛ لأن يمينه تقيد بموضع يضرب عادة، كأنه قال: إن لقيتك و تمكنت من ضربك فلم أضربك فكذا؛ وهو نظير ما لو قال لغيره: إن لقيت فلاناً فلم أعلمك فعبدي حر، فلقيه معه فلم يعلمه لا يحنث في يمينه؛ لأن يمينه مقيدة بموضع الإعلام، وهذا ليس موضع الإعلام. وإذا حلف على عبده أنه لا يضربه أو على حُرّ فأمر غيره حتى ضربه، فلجنس هذه المسائل فصل على حدة يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

رجل قال لامرأته: إن وضعت جنبك الليلة على الأرض فلم أضربك فكذا، فلم تضع جنبها على الأرض ونامت جالسة ولم يضربها الزوج لا يحنث في يمينه، لانعدام شرط الحنث، فإن شرط الحنث أن يضربها متى وضعت جنبها على الأرض، ولم تضع جنبها على الأرض. وإذا حلف لا يضع يده على جاريته فضربها لا يحنث. إذا كانت اليمين لأجل المرأة.

رجل قال: والله لو أخذت فلاناً لأضربنه مائة سوط فأخذه فضربه سوطاً أو سوطين قال: هذا على الأبد، ولا يحنث في يمينه في الحال. وفي «القدوري»: إذا حلف ليضربن غلامه في كل حق وباطل ولا نية له، فمعنى هذا أن يضربه كل ما شكي إليه بحق أو باطل، وهذا هو المتعارف، فإنه لو حمل على حقيقته لزمه أن يداوم على ضربه أبداً لأنه لا يخلو من فعل حق أو باطل، ولا يحمل الضرب بهذا على حال وجود الشكاية؛ لأن اليمين إذا وقعت على الفعل لا تختص بزمان دون زمان إلا إذا وجد دليل التخصيص ولم يوجد، وإن نوى الحال فهو على ما نوى؛ لأنه شدد على نفسه، ولو شكى إليه فضربه ثم شكى إليه في ذلك الشيء مرّة أخرى فليس عليه أن يضربه للشكاية الثانية

ولو قال لغيره: إن قتلتك يوم الجمعة فعبدي حر فضربه بعد اليمين يوم الخميس، ومات يوم الجمعة يحنث في يمينه. ولو ضربه يوم الجمعة ومات يوم السبت لا يحنث في يمينه.

والفرق أن الفعل إنما يصير قتلاً عند زهوق الروح فسمي قتلاً، فيراعى زمان زهوق الروح ففي الفصل الأول زهقت الروح يوم الجمعة فيصير قاتلاً [يوم الجمعة]، وفي الفصل الثاني زهقت الروح يوم السبت فيصر قاتلاً يوم السبت، ولو كان ضربه قبل اليمين بأن كان ضربه يوم الأربعاء وحلف يوم الخميس قال: إن قتلتك يوم الجمعة فعبدي حر فمات المضروب يوم الجمعة لا يحنث في يمينه، لأن الأيمان تقتضي شروطاً في المستقبل. وفي «المنتقى»: إذا قال: والله لأقتلن فلاناً بالرافعة، وهي اسم موضع خارج الكوفة فضربه في غيرها وحمل إليها ومات فيها يحنث في يمينه، لأنه قتله بالرافعة هو بناء على ما قلنا.

وإذا قال لغيره: إن قتلتك في المسجد أو قال: إن ضربتك في المسجد أو قال: إن

شجتك في المسجد فعبدي حر، فقتله أو شجه أو ضربه والقاتل والضارب والشاج في المسجد والمقتول والمضروب والمشجوج خارج المسجد لا يحنث في يمينه، ولو كان على العكس يحنث في يمينه.

الأصل في جنس هذه المسائل أن الحالف متى جعل من شرط الحنث قولاً مضافاً إلى مكان أو زمان مطلقاً غير مضاف إلى نفسه ولا إلى المحلوف عليه يراعى المكان والزمان لثبوت الحنث في حق الحالف حتى يشترط كون الحالف في ذلك المكان والزمان لتحقق الحنث، لأن القول يتم بالقائل وحده لا تعلق له بغيره، والاسم لما هو شرط الحنث يثبت بالحالف وحده، فيراعى المكان والزمان في حقه.

بيانه في المسألة التي تقدم ذكرها، فهي ما إذا قال لغيره: إن شتمتك في المسجد فعبدي حر فشتمه والشاتم في المسجد والمشتوم خارج المسجد يحنث في يمينه. ولو قال على العكس لا يحنث في يمينه، ومتى جعل شرط الحنث فعلاً مضافاً إلى مكان أو زمان مطلقاً، فإن كان ذلك الفعل يتم بالفاعل وحده، ولا يظهر تأثيره في المفعول به يراعى المكان والزمان لثبوت الحنث في حق الحالف أيضاً، لأن الاسم هو شرط الحنث يثبت بالحالف وحده، فيراعى لتحقيق الحنث كون الحالف في ذلك المكان والزمان، وإن كان ذلك الفعل لا يتم بالفاعل وحده وإنما يتم بالحالف والمحلوف عليه يراعى المكان والزمان لثبوت الحنث في حق المحلوف عليه، حتى يشترط كون المحلوف عليه في ذلك المكان وفي ذلك الزمان، لأن الاسم لما هو شرط الحنث إنما يثبت بالمفعول به، فيراعى المكان والزمان في حقه، وهذا لأن الأفعال المتقدمة إنما تُعرف لوحدها ببقائها وظهرها أمرها في محالها حتى تختلف أسماؤها باختلاف آثارها، فإن من أرسل خشبة الأعلى على غيره، فإن أثر في الإيلام يسمى ضرباً وإن أثر في الانجراح يسمى جرحاً، وإن أثر في انزهاق الروح يسمى قتلاً [٣٩٧ب/ ١] وإن لم يؤثر في شيء يسمى مسًا والحركة واحدة، والفعل واحد، مع هذا اختلف الاسم باختلاف الأثر. علمنا أن اسم الفعل إنما يثبت بالمفعول به، فيراعى المكان في حقه.

بيان هذا فيما إذا قال لغيره: إن رميت إليك في المسجد فعبدي حر، يعتبر المكان في حق الحالف. ولو قال: إن رميتك في المسجد فعبدي حر، يعتبر المكان في حق المحلوف عليه، لأن الرمي مع حرف الصلة يراد به الرمي بدون الإصابة، والرمي بدون الإصابة يتم بالرامي وحده، فيراعى المكان في حق الرامي، فأما الرمي بدون حرف الصلة يراد به الرمي مع الإصابة، والرمي مع الإصابة يتم بالرامي والمرمي إليه فيعتبر المكان في حق المرمي إليه.

إذا ثبت هذا جئنا إلى مسألة القتل والضرب والشج فنقول: هذه الأفعال لا تتم بالفاعل وحده، إنما تتم بالفاعل والمفعول، فيراعىٰ مكان المفعول، فإن قيل: إذا كان هذه الأفاعيل تتم بالفاعل والمفعول يجب أن يراعى المكان المشروط في حقهما جملة، قلنا: إنما اعتبر مكان المفعول وحده، لأن اسم الفاعل لغة، يثبت بمعنى اختص

بالمفعول، وهو تألمه وموته بدليل أنه لو لم يتألم ولم يمت لا يسمى فعله ضرباً وقتلاً.

وفي «المنتقى»: عن محمد رحمه الله إذا قال لغلامه: إن لم أضربك مائة سوط فأنت حر، فمات الغلام قبل أن يضربه ذلك مات حراً، وعنه إذا قال: والله لأضربن فلاناً خمسين اليوم وهو يعني سوطاً بعينه فضربه بغيره ومضى الوقت، قال: بأي شيء ضربه فقد خرج عن اليمين، ونيته باطلة. ولو قال لغلامه: إن لم أضربك فيما بيني وبين الموت فأنت حر، فلم يضربه حتى مات، لا يعتق، هكذا ذكر في «المنتقى»، لأنه إنما يحنث بعد الموت، وبعد الموت لا يملك.

وفيه أيضاً: إذا قال لغيره: إن مت من هذه الشجة فكذا، فمات منها ومن غيرها يحنث في يمينه. وفي «نوادر هشام» عن محمد إذا قال لغيره: إن مت ولم أضربك فكل مملوك لي حر، فمات ولم يضربه لم يعتقوا: لأنه إنما يحنث بعد الموت.

وإذا قال: لا تعذب فلاناً فحبسه لم يحنث، إلا أن ينوي ذلك؛ لأن الحبس تعذيب قاصر فلا يدخل تحت مطلق الاسم إلا بالنية، هكذا ذكر في «الفتاوى»، وفي «الفتاوى» أيضاً: إذا دعا امرأته إلى الفراش فأبت، وقالت: إنك تعذبني، فقال: إن عذبتك فأنت طالق، ثم جاءت إلى الفراش فجامعها، إن جامعها على كره منها فقد عذبها فتطلق، وإن طائعة بإذنه لا تطلق؛ لأنه لم يعذبها.

وإذا قال: إن لم أحبس فلاناً غداً جائعاً فكذا، فحبسه جائعاً في الغد فجاء آخر، فأطعمه فحنث في يمينه؛ لأنه ما حبسه جائعاً

نوع
آخر في السرقة، وما هو بمعناها، وفي الرد والأداء

وفي «الفتاوىٰ» لأبي الليث: رجل قال لامرأته: إنك تسرقين من دراهمي فقالت: تبت، فقال: لو رفعت من دراهمي فأنت طالق. فوجدت صرة مطروحة حين كنست البيت فرفعت ووضعت في ناحية أخرى، وأخبرت الزوج قال: إن رفعت لا لتحبس عن زوجها، أرجو أن لا تطلق؛ لأن سياق الكلام أوجب تقييد الرفع بالسرقة، وهي الرفع لتحبسها، وقد قيل: ينبغي أن حنث قضاء؛ لأن صورة الشرط مراعاة قضاءً، وقد وجد صورة الشرط، وهو الرفع والأول أظهر وأشبه بالصواب.

رجل ادعى على آخر أنه سرق ثوبه، فأخذ المدعىٰ عليه ثوب المدعي وقال: امرأته طالق كه من حامه توبي فقد قيل: لا تطلق امرأته إن لم يكن سرق ثوبه؛ لأن كلامه خرج جواباً لكلام المدعي، والمدعي ادعىٰ السرقة فينعقد يمينه على الرفع بطريق السرقة، وقيل: تطلق قضاءً اعتباراً لصورة الشرط و الأول أظهر.

وفي «الفتاوى» لأبي الليث أيضاً: إن من قال لامرأته: إن رفعت من كيسي دراهم فأنت طالق فحلت رأس الكيس وأمرت ابنها فرفعت؛ قال: أخاف أن تطلق، لأن رفع الاثنين الدراهم من الكيس يكون بهذا الطريق، ألا ترى أن جماعة لو دخلوا دار رجل

وأخذوا المتاع وحمل المتاع واحد منهم صار الكل سراقاً شرعاً، لأن سرقة الجماعة كذلك تكون، وقيل: ينبغي أن لا يحنث؛ لأن صورة الشرط مراعى والعمل بحقيقة اللفظ ممكن.

رجل حلف على سرقة شيء مسمى فحلف أنه لم يسرقه ولم يره، وقد كان رآه قبل ذلك، فلا حنث عليه إن لم يسرق ذلك الشيء؛ لأن الحالف أوجب تقييد النظر بالنظر بالسرقة.

الأكّار الوكيل إذا حلف أن لا يسرق فأخذ شيئاً لصاحب الكرم، فيه نصيب من العنب أو الفواكه، ولم يخبر به صاحب الكرم إن أخذ ليأكل، أو ليحمل إلى منزله للأكل فلا حنث عليه، لأن الناس لا يعدون هذا سرقة، وإن أخذ سوى ما يأكل، أو يحمل إلى منزله للأكل، ولم يخبر صاحب الكرم، ولم يكن من رأيه أن يخبره فهو حانث؛ لأنه يعد سرقة وأما غلة الخيارزان[1] والحبوب فكلما أخذ شيئاً من ذلك، لا على وجه الحفظ بل السرقة منه يحنث، لأنه سرقه.

قصار ذهب من حانوته ثوب من ثياب الناس، فاتهم القصار أجيره، فحلف الأجير بالفارسية اكربرا من ربان كردم فأمرأتي طالق ثلاثاً، وقد كان الأجير أخذ ذلك الثوب طلقت امرأته، هكذا ذكر في في «فتاوى أبي الليث» ورصندر بان نكردور إلا أن الثوب المأخوذ لغير القصار، لأن المراد بهذه السرقة والجناية وقد جاء به رجل له ثوب سرقه منه سارق فحلف صاحب الثوب، وقال: إن كان لي ثوب كذا وسمى ذلك الثوب فامرأته طالق، فإن عرف أن ذلك الثوب قائم أو هالك تطلق امرأته، ويجعل الثوب قائماً؛ لأن القيام أصل.

ونظير هذا: إذا باع الرجل ثوب غيره بغير أمره وسلم الثوب وقبض الثمن وأجاز المالك البيع، فإن علم وقت الإجازة أن الثوب قائم صحت الإجازة [٣٩٨أ/ ٤] وإن علم أنه هالك وقت الإجازة لا تصح الإجازة، وإن لم يُعلم حاله تصح الإجازة، ويجعل قائماً؛ لأن القيام أصل كذا ههنا، هكذا ذكر المسألة في «فتاوى أهل سمرقند».

وفي «فتاوى أبي الليث» ومسائل شتى: رجل سرق من رجل ثوباً، ثم إن السارق دفع دراهم إلى المسروق منه وحلف، قال الفقيه أبو القاسم الصفار: إن كان الثوب قد ذهب من يد السارق لا شك أن المسروق منه لا يحنث لأنه صادق، لأن بالهلاك وجب الضمان على السارق ووقعت المقاصة بينما وجب على رب الثوب بالجحود للسارق، وإن كان قائماً فلا أقول بأنه حانث، لأن بعض الناس يقولون له حبسه حتى يأخذ حقه، قالوا: إذا كان الثوب قائماً فلا شك أنه حانث، وإذا كان قد ذهب من يد السارق بعد القطع إنه لا ضمان عليه باتفاق الروايات، وإذا استهلكه ففيه روايتان، وإن هلك المسروق في يد السارق قبل القطع أو استهلكه إن اختار المالك الضمان فله ذلك، ولا ضمان فالضمان

---

(١) الخيارزان: كذا بالأصل، ولم أجد لها تفسيراً في كتب اللغة التي بين يدي، ولعلها كلمة فارسية.

في هذا الفصل موقوف على اختيار المالك وليس . . . . .[١] على الثياب فكيف تقع المقاصة؟ أو نقول: حق المالك لا ينتقل عن الثوب إلى القيمة بنفس الهلاك بل يتوقف على قضاء القاضي منصوصاً على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه، ولهذا قال: الغاصب مع المغصُوب منه إذا اصطلحا على أكثر من قيمة الثوب المغصوب، إنه يجوز ويجعل كأن الثوب قائم، وبعد أن تجاوزنا عن هذا لا ندري أن حقه انتقل من الثوب إلى الدراهم أو إلى الدنانير لأن الدراهم كما تصلح قيمة فالدنانير تصلح قيمة، وإنما يتعين أحدهما بقضاء القاضي فقبل القضاء لا يتعين، فكيف يمكن القول بالمقاصة والمقاصة تعتمد الجنسية لا محالة.

وفي «فتاوى أبي الليث» أيضاً: امرأة كانت ترفع من مال زوجها وتدفع إلى امرأة لتغزل قطنها، فقال لها الزوج: إن رفعت من مالي شيئاً فأنت طالق فرفعت من ماله شيئاً فاشترت من حوائج البيت، أو أقرضت رغيفاً أو كانت الخبازة تخبز في بيتها واحتاجت إلى شيء من الدقيق، فأعطتها ولو لم يكن يكره منها ذلك وإنما يكره ما يدفع للغزل، فإن لم تكن هي تتولى شراء الحوائج بمال الزوج بإذنه عادة يحنث الزوج، وإن كانت تتولى لا يحنث؛ لأن هذا إنفاق.

قال لامرأته بالفارسية اكر بواردرم من مرداري فأنت طالق ثم إنها وجدت دراهم زوجها في منديل فرفعت المنديل وأعطت امرأة، وقالت لها: ارفعي منها شيئاً فرفعت المأمورة بعض الدراهم ودفعته إلى الآمرة، فقد قيل: يقع الطلاق، لأن عين الرفع غير مقصود إنما المقصود الأخذ وقد أخذت بعض دراهم، وقد قيل: لا تطلق لأن اللفظ في باب الأيمان يراعى.

إذا قال لها: إن سرقت من مالي شيئاً فأنت طالق ثم دفع إليها دراهمه لتنظر إليها فرفعت من ذلك شيئاً بغير علم الزوج، ثم قال لها الزوج: أرفعت من الدراهم شيئاً فقالت: نعم لا على وجه السرقة وردته على الزوج فإن ردت بعدما فارقته طلقت، وإن ردته قبل أن تفارقه لا تطلق وإن أنكرت طلقت؛ لأن هذا يسمى سرقة عند الناس، بخلاف ما إذا لم تنكر.

امرأة أخذت من كيس زوجها درهماً واشترت به لحماً وخلط اللحام الدرهم بدراهمه، فقال لها الزوج: إن لم تردي عليّ ذلك الدرهم اليوم فأنت طالق ثلاثاً فمضى اليوم وقع الطلاق لوجود شرطه وهو عدم الرد.

والحيلة في ذلك أن تأخذ المرأة كيس اللحام وترده على الزوج فيبر في يمينه، هذا إذا قيد اليمين باليوم وإن لم يقيدها باليوم، وسألت المرأة القصّاب عن الدرهم، فقال: غاب عني قال: لا تطلق ما لم يعلم أن ذلك الدرهم أُذيت أو ألقي في البحر، لأن شرط الحنث وهو عدم الرد مطلقاً لا يتحقق إلا بأحد هذين الوجهين.

---

(١) بياض بالأصل.

إذا قال لها: إن لم تردي عليّ الدينار التي أخذت من كيسي فأنت طالق فإذا ..... [١] الدينار في كيس لم يأخذه لا تطلق هذا حكي عن الحسين بن أبي مطيع، قيل: هذا على قياس قول أبي حنيفة ومحمد كما في مسألة الكوز.

سئل شيخ الإسلام أبو الحسن السغدي عن سكران قال لأصحابه في مجلس الفساد: كان في جيبي خمسة وأربعون درهماً فأخذتموها فأنكروا، فحلف بالفارسية وقال: زن امرى نسيه طلاق اكر امروز درخث من جهل وبتخ درم نبوست جهل علامي في وبيخ عدلي وكان في جيبه قبل ذلك أربعون عدلياً وخمسة عطارف، فأصاب في الإجمال وأخطأ في التفسير، قال: إن وصل لم يحنث؛ لأنه حلف على خمسة وأربعين درهماً، والكل دراهم، وبالفصل تم اليمين فلم يحنث، حيث كان صادقاً. وإن فصل فالحلف على الكل وهو كاذب فيحنث قيل له: فإن كان في جيبه غطارف وعدليات يبلغ قيمتهما أربعون غطرفية فجمع وقال: اكرر حبث من جهل عدر فبي واويدي عدلي به ووست وصدق في المبلغ ولكن أخطأ في التفسير قال: إن عنى غير الغطارفة يحنث في يمينه سواء أصاب في التفسير أو أخطأ، وسواء وصل أو فصل.

سئل نجم الدين النسفي عمن حلف تلميذه بطلاق امرأته، أن لا يرفع من دكانه غطرفية فرفع ثلاثة دراهم عدلية فهي عند الناس كغطرفية في القيمة، قال: تطلق امرأته، وقيل: ينبغي أن لا تطلق على قياس ما إذا حلف أن لا يشتري لامرأته شيئاً بفلس، فاشترى بدرهم، والأول أشبه؛ لأن الغطرفي عبارة عن المالية كالكرباس بفرغانة.

وفي «مجموع النوازل»، رجل حلف وقال: سرق فلان ثيابي أو قال: حرق فلان ثيابي، وفلان ما سرق إلا ثوباً واحداً وما حرق إلا ثوباً واحداً قال: لا يحنث في يمينه، وقيل: يحنث والأول..... [١].

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف: إذا قال الرجل لعبده: إذا أديت إليّ ألفاً فأنت حر، فجاء العبد بالألف ووضعها حيث يقدر المولى على قبضها فهو مؤد. وإذا حلف المولىٰ: والله ما أدى إلي، كان حانثاً، وإذا قال المولىٰ لأجنبي: إذا أديت إليّ ألفاً فعبدي حر فجاء بها الرجل إلى المولى وقال: هذه الألف، [٣٩٨ب/ ٤] فخذها فأبىٰ المولى أن يقبلها وهو حيث يقدر المولى على قبضها لا يعتق العبد. وإذا حلف المولى ما أدى إليه لا يحنث

وإذا كان للرجل على رجل ألف درهم فقال الذي له المال: إن أدى إليّ فلان الألف التي لي عليه فكذا، فجاء فلان وقال للذي له المال: هذه الألف وقال الذي له المال: لا آخذها فهو حانث. وإذا حلف فقال: ما أدى إلي فهو حانث، وفي «البقالي»: إذا حلف لا يغصب من فلان شيئاً وسرق منه لم يحنث إلا أن يكابره، وإذا حلف لا يسرق منه وكابره حنث، أولو حلف لا يغصب منه ولا يسرق منه فقطع الطريق عليه حنث في الغصب دون السرقة.

---

(١) بياض بالأصل.

نوع آخر
فيما يجري بين صاحب المال وبين غريمه

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا حلف الرجل ليعطين حق فلان عاجلاً، فإن نوى شيئاً كان كما نوىٰ وإن نوى سنة. وإن لم ينو شيئاً فما دون الشهر في حكم العاجل وما فوقه في حكم الآجل.

وفيه أيضاً: إذا حلف لا يحبس من حقه شيئاً ولا نية له ينبغي له أن يعطيه ساعة حلف يريد به أن يشتغل بالإعطاء حتى لو لم يشتغل بالإعطاء كما فرغ من اليمين يحنث في يمينه، طلب منه أو لم يطلب، وإن نوى الحبس بعد الطلب أو غيره من المدة كان كما نوى، وإن حاسبه وأعطاه كل شيء له عنده وأقرّ بذلك الطالب ثم لقيه بعد أيام، وقال: بقي لي عندك كذا وكذا من قبل كذا وكذا فتذكر المطلوب، وقد كانا جميعاً نسياه لم يحنث إن أعطاه لساعته؛ لأن شرط الحنث حبس مضاف إليه، ولا يتصور الحبس مضافاً إليه إذا لم يعلم بوجوب الحق على نفسه، وكما علم أعطاه.

قال محمد في «الجامع»: إذا كان للرجل على رجل مائة درهم، فقال: عبده حر إن أخذتها اليوم منك درهماً دون درهم، فأخذ منه خمسة ولم يأخذ الباقي حتى غابت الشمس لم يحنث في يمينه. ولو قال: عبده حر إن أخذت منها اليوم منك درهماً دون درهم، فأخذ منها خمسة ولم يأخذ الباقي حتىٰ غابت الشمس حنث في يمينه.

والفرق أن شرط الحنث في المسألة الأولى قبض المائة متفرقاً؛ لأن الهاء في قوله: أخذتها، كناية عن المائة؛ لأنه كناية عن مؤنث سبق ذكرها، والمؤنث السابق ذكرها ههنا المائة، وقوله: درهماً دون درهم عبارة عن التفريق، فصار شرط الحنث قبض المائة متفرقاً وبقبض الخمسة لم يوجد قبض المائة أصلاً فضلاً من القبض بصفة التفرق. وفي المسألة الثانية شرط الحنث قبض بعض المائة؛ لأن كلمة من للتبعيض، فقوله منها بمنزلة قوله بعضها وبقبض الخمس وجد قبض بعض المائة.

فإن قيل: في المسألة الثانية شرط الحنث قبض بعض المائة أما لم يقبضه متفرقاً. قلنا: صفة التفرق في المسألة الثانية وقعت لغواً، لأنه ذكر بعض المائة مطلقاً، غير مقدر بمقدار، فيثبت أداء ما ينطلق عليه اسم البعض، ألا ترى لو أخذ فلساً منه يحنث، وأدنى ما ينطلق عليه اسم البعض من المائة الجزء الذي لا يتجزأ والجزء الذي لا يتجزأ لا يقبل الوصف بالتفرق قلنا صفة التفرق من هذا الوجه وبقي شرط الحنث قبض بعض المائة مطلقاً. أما في المسألة الأولى وصفه المائة بالتفرق والمائة قابلة للتفرق، فلم يلغ صفة التفرق ثمة، أما ههنا بخلافه.

ولو قال: عبده حر إن أخذتها اليوم درهماً دون درهم، فأخذ في أول النهار خمسين، وفي آخره خمسين يحنث في يمينه لوجود شرط الحنث وهو قبض المائة متفرقاً في اليوم.

ولو أنه وجد في الدراهم درهماً نبهرجاً أو زيفاً ورده ولم يستبدله حتى غابت الشمس لم يخرجه ذلك عن اليمين، ومعناه أن الحنث الحاصل لا يبطل، وهذا لأن الزيف من جملة الدراهم فقد وجد قبض الدراهم بصفة التفرق وبدل العتق، إلا أن بالرد ينتقض القبض بعد وجوده وصحته، ولكن الانتقاض لا يظهر في حق حكم لا يقبل النقض بعد وقوعه، والعتق بعد وقوعه لا يقبل النقض، ألا ترى أن المكاتب إذا أدى بدل الكتابة وحكم بعتقه ثم وجد المولىٰ بعض بدل الكتابه زيوفاً ورده لا يبطل العتق وطريقهُ ما قلنا.

وكذلك لو وجد بعض الدراهم مستحقة ولم يجزه المالك ولم يستبدله حتى غابت الشمس فهو حانث أيضاً، لأن المستحق من جملة الدراهم مصارف كالزيف، ولو وجد بعض الدراهم ستوقة أو رصاصاً إن استبدله في اليوم حنث في يمينه، لأنه لما استبدله في اليوم فقد قبض المائة متفرقاً في اليوم، وإن لم يستبدله في اليوم لا يحنث في يمينه، لأنه لم يوجد قبض المائة في اليوم؛ لأن الستوق والرصاص ليسا من جمله الدراهم ألا ترى أن المكاتب لا يعتق بأداء الستوقة والرصاص.

ولو قال الذي عليه المائة عبده حر إن قبضها اليوم درهماً دون درهم فقبض من اليوم خمسين وقبض من الغد خمسين لا يحنث في يمينه، ولو قال: إن قبض منها اليوم درهماً دون درهم فقبض منه اليوم خمسين، وقبض منه الغد خمسين يحنث، وهذه المسألة والمسألة المتقدمة سواء إلا أن في المسألة المتقدمة شرط الحنث فعل الحالف، وههنا شرط الحنث فعل غير الحالف.

ولو قال: عبده حر إن قبضها درهماً دون درهم ولم يوقت لذلك وقتاً فقبض الخمسين لا يحنث، ولو قال: إن قبض منها وقبض الخمسين يحنث في يمينه.

ولو قال: عبده حر إن قبض منها فوزن له خمسون وقبضها ثم وزن له خمسون في ذلك المجلس وقبضها، القياس أن يحنث، وفي الاستحسان لا يحنث إذا كان في عمل يعد، لأنه قبض المائة جملة عرفاً وعادة؛ لأن المعتاد فيما بين [٣٩٩أ/ ١] الناس أنهم لا يعدون تفرق القبض في مجلس واحد تفرقاً، مطلق اللفظ ينصرف إلى المتعارف، وأشار في «الكتاب» إلى حرف آخر، فقال: ألا ترى أن الدين قد يكون كثيراً لا يمكنه وزنه لا بدفعات فلو اعتبرنا هذا القدر من التفرق لا يتصور البر في هذه اليمين، قال: وألا ترى أن الدين إذا كان شيئاً فجعل المديون يعده خمسة خمسة أو عشره عشرة وأفاد لا يحنث في يمينه وإن تفرق الأخذ حقيقة؛ لأنه مجتمع عرفاً والمعتبر هو العرف.

وفي «المنتقىٰ»: إذا قال الطالب: إن قبضت ما لي على فلان إلا جميعاً فهو في المساكين صدقة فقبض نصفها، ووهبه من رجل ثم قبض النصف الباقي لزمه أن يتصدق بهذا النصف، وليس عليه في النصف الأول شيء لأنه حنث، وقد خرج النصف الأول عن ملكه ويده. ولو قال: إن قبضت من مالي على فلان شيئاً أقل شيء فهو في المساكين صدقة، فقبض تسعة منه، ووهبها لرجل ثم قبض الدرهم، فعليه أن يتصدق بهذا الدرهم وبتسعة أخرى؛ لأنه حين قبض التسعة وجب عليه التصدق بها في هذه الصورة، وصار

بالهبة متلفاً مالاً وجب التصدق وصار ديناً، مثالها وروى إبراهيم عن محمد إذا قال: والله لا آخذ مالي عليك إلا ضربه وله عليه عشرة دراهم فجعل يزن درهماً درهماً ويعطيه فهذه ضربة، إذا لم يأخذ في عمل آخر في مجلس الوزن، فإن أخذ يحنث في يمينه.

وإذا حلف ليأخذن من فلان حقّه، أو قال: ليقبضن فأخذ بنفسه أو أخذ وكيله فقد برّ في يمينه، لأن الوكيل بقبض الدين نائب محض، ولهذا يرجع على الموكل بما لحقه من العهدة، وفعل النائب كفعل المنوب عنه فكأن الموكل قبض بنفسه. وإن عنى أن يباشر ذلك بنفسه صدق ديانة وقضاء، لأنه نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه، وكذلك لو أخذها من وكيل المطلوب فقد برّ في يمينه، لأن الوكيل بالقضاء نائب محض، فكأنه قبضها من المطلوب، ولذلك لو أخذها من رجل كفل بالمال عن المديون من المديون أو من رجل أحاله المديون فقد بر في يمينه، هكذا ذكر في «القدوري».

وذكر في «العيون» مسألة تدل على أنه لا يبر إذا قبض من كفيل المديون أو المحتال عليه، وصورة ما ذكر في «العيون»: إذا حلف الرجل لا يقبض ماله من المطلوب اليوم فقبض من وكيل المطلوب حنث، لأن الوكيل بقضاء الدين نائب محض، وإن قبضه من متطوع لم يحنث، وكذلك لو قبضه من كفيله أو المحتال عليه لم يحنث؛ لأنه لم يقبض من نائبة، فلم يجعل القبض من الكفيل أو المحتال عليه قبضاً من الديون، حتى لم يحنث، فكذا في هذه المسألة لا يجعل القبض من الكفيل والمحتال عليه قبضاً من المديون، حتى لا يصير الحالف بارّاً.

قال في «القدوري»: وكذلك لو حلف المديون ليعطيّن فلاناً حقه فأمر غيره بالأداء أو أحاله فقبض بر في يمينه، وإن قضى عنه متبرع لا يبر، وإن عنى أن يكون ذلك بنفسه صدق ديانة وقضاءً، وفيه أيضاً ولو حلف المطلوب أن لا يعطيه فأعطاه على أحد هذه الوجوه، وإن عنى أن لا يعطيه بنفسه لم يدين في القضاء، وعلى قياس ما ذكر في «العيون» ينبغي أن لا يحنث في فصل الحوالة.

وفي «العيون»: إذا حلف الرجل لا يقبض ماله على غريمه، فأقال الطالب رجلاً ليس له على الطالب شيء على غريمه وقبض ذلك الرجل حنث في يمينه، لأنه وكيل الطالب في القبض، وإن كانت الحوالة قبل اليمين فقبض المحتال بعد اليمين لا يحنث، وعلى هذا إذا وكل رجلاً بقبض الدين من المديون، ثم حلف أن لا يقبض ماله عليه فقبض الوكيل بعد اليمين لا يحنث في يمينه وقد قيل: ينبغي أن يحنث في يمينه، وهذا القائل قاس هذه المسألة على ما إذا وكل رجلاً أن يزوجه المرأة أو وكله أن يطلق امرأته ثم حلف أن لا يتزوج، أو حلف أن لا يطلق، ثم فعل الوكيل ذلك حنث في يمينه؛ لأنه يتمكن من عزل الوكيل، فإذا لم يعزله فكأنه أنشأ الوكالة بعد اليمين، وهكذا ذكر محمد في آخر «الجامع»، وسيأتي بيانه بعد إن شاء الله تعالى.

وفي «النوازل»: إذا قال المديون لرب الدين: والله لأقضين مالك اليوم فأعطاه ولم يقبل قال: إن وضعه حيث ينال برّ ولو أراد لا يحنث لأنه قضاه، وإذا قال: إن لم أقض

دراهمك التي لك علي اليوم فعبدي حر، فباعه بها عبداً وسلّمه إليه فقد قضاه وبرّ في يمينه، هذا هو لفظ «الجامع الصغير»، وهذا لأن طريق قضاء الدين المقاصة أن وجه المقاصّة أن يصير ما يقتضيه رب الدين من المديون مضموناً عليه، ولرب الدين على المديون مثله يلتقيان قصاصاً، وههنا وقعت المقاصة بين ثمن العبد وبين الدراهم وصار ثمن العبد قضاء للدراهم، لما عرف أن آخر الدينين يصير قضاء لأولهما وآخر الدينين ههنا ثمن العبد، فصار للدراهم من هذا الوجه، فلهذا برّ في يمينه، وإنما شرط تسليم العبد مع أن الثمن يحنث بنفس الدفع، لأنه معرض لسقوطه وتعذره بقبض المشترى، فشرط تسليم العبد لهذا، هذا إذا باعه بالدراهم عبداً بيعاً صحيحاً، فأما إذا باعه بيعاً فاسداً ينظر، إن كان في قيمته وفاء بالحق فهو قبض وبر، وإن لم يكن فيها وفاء لزمه الحنث؛ لأن المقبوض في البيع الفاسد مضمون بالقيمة دون المسمىٰ، فتقع المقاصة والقضاء بقدر القيمة كذا ذكر في «القدوري».

وفي آخر «الجامع» وضع المسألة في جانب الطالب، إذا حلف الطالب، فقال: إن لم أقبض مالي عليك أو قال: إن لم يستوف مالي عليك فأخذته، . . . . .[1] وعبداً فقد بر في يمينه، والمعنى ما ذكرنا. وإذا حلف الطالب لا يقبض ماله من المطلوب اليوم فاشترى به منه شيئاً وقبضه، إن قبضه اليوم حنث في يمينه، ولو اشتراه يوم حلف [٣٩٩ب/ ٤] وقبض من الغد، لا يحنث في يمينه، في «العيون»، ولو قال: لا أقبض حقي منك غداً فاشترى به اليوم منه شيئاً، وقبضه في الغد ولا نية له حنث في يمينه.

وإذا حلف الطالب ليقضين ماله على الغريم اليوم ثم إن الحالف استهلك شيئاً من مال الغريم فإن كان المستهلك مثلياً لا يبر في يمينه، وإن كان غير مثلي فإن كان في قيمته وفاء بالدين برّ في يمينه، لأنه وجبت بالقيمة وهي من جنس الدين فتقع المقاصة، ولكن يشترط أن يكون غصبه أولاً ثم استهلكه وإن استهلكه ولم يغصبه لم يبر، هكذا ذكر في «العيون»، وذكر المسألة في «القدوري»، ولم يشترط هذا الشرط، فقال: إذا غصب الحالف مالاً مثل دينه أو استهلك عليه عرضاً أو دنانير فقد برّ في يمينه. ووجه ما ذكر في «العيون» أن شرط البر القبض، فإذا غصب أولاً ثم استهلكه كان هذا القبض موجباً للمقاصة، وبالمقاصة يقع القبض فأمكن أن يجعل هذا قبضاً لدينه، فأما إذا استهلكه ولم يقبضه لم يوجد القبض حقيقة ليجعل قبضاً للدين معنى، ألا ترى أن رجلين لو كان بينهما مال على رجل فغصب أحدهما ثوباً للمديون واستهلكه رجع عليه شريكه، ولو استهلكه في يد المديون بأن أحرقه ولم يقبض لم يرجع عليه شريكه؛ لأن في الوجه الأول صار قابضاً، وفي الوجه الثاني لم يصر قابضاً.

وفي المسألة نوع إشكال خصوصاً على أصل أبي حنيفة فإن من مذهبه أن حق المغصوب منه لا ينقطع عن العين لمجرد الاستهلاك لم يقض القاضي على الغاصب

---

(١) بياض بالأصل.

بالقيمة، فقبل قضاء القاضي بالقيمة كيف تقع المقاصة؟ ولأنه يجوز أن يقضي القاضي بالقيمة دراهم والدين يكون دنانير وبالقيمة دنانير والدين يكون، فكيف يمكن القول بالمقاصة قبل قضاء القاضي.

وفي «المنتقى»: إذا غصب الحالف منه مالاً مثل ذلك، فهذا قبض فيبر، ولذلك لو كان له عنده وديعة فأنفقها فقد بر. وفي أيمان «النوازل»: رجل له على آخر دراهم ثمن مبيع، فحلف أن لا يأخذ منه شيئاً فأخذ مكانه حنطه أو شعيراً يحنث في يمينه لأنه أخذ عوضه فصار أخذاً له معنى، ألا ترى أنه لو كان له شريك في ذلك الثمن كان للشريك أن يأخذ نصف المقبوض فعلم أنه ثمن معنى.

وفي آخر «الجامع»: إذا قال الطالب: إن لم أتزن من فلان ما لي عليه فعبدي حر فأخذ به ثوباً أو غذاء أو شيئاً مما يوزن من المسك والزعفران فهو حانث في يمينه؛ لأنه ذكر الاتزان مضافاً إلى ما عليه وما عليه دراهم، فانصرف الاتزان إلى الدراهم وصار كأنه قال إن لم أتزن من فلان الدراهم التي لي عليه فعبدي حر. ولو قال: هكذا كان شرط بره شيئان الاتزان وأن يكون الموزون المقبوض دراهم، وقد وجد أحدهما ولم يوجد الآخر فلا يبر، ولأنه لما ذكر الوزن مضافاً إلى ما عليه علم أنه لم يرد جميع الأموال؛ لأن من الأموال ما لا يقبل الوزن، والأصل أن الكلام مبني بقدر العمل فيه بأعم العموم يحمل على أخص الخصوص وأخص الخصوص: اتزان جنس حقه ولم يوجد فكان حانثاً، فإن عنى بالاتزان الاستيفاء دُيّن فيما بينه وبين الله تعالى للاحتمال ولا يدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه. ولو قال: عبدي حر إن لم أقبض مالي عليه في الكيس فأخذ به دنانير أو ما أشبهه كان حانثاً في يمينه؛ لأن معنى العموم قد بطل لأن من الأموال ما لا يمكن أن يجعل في الكيس فيحمل على أخص الخصوص وهو جنس حقه.

ولو قال: إن لم أقبض ما لي عليك دراهم بالميزان فعبدي حر، فهذا على قبض الدراهم بعينها؛ لأن جميع الأشياء لا تدخل تحت الوزن فبطل معنى العموم فيحمل على أخص الخصوص وهو جنس حقه، لو قال: إن لم أقبض الدراهم التي لي عليك فقبض بها دنانير أو عرضاً لم يحنث، وكان الجواب فيه والجواب فيما إذا قال: إن لم أقبض مالي عليك سواء؛ لأن ذكر الدراهم ولا ذكر ههنا سواء؛ لأنه ذكر ما يقتضيه الكلام من غير ذكر؛ لأن قوله: إن لم أقبض ما لي عليك كناية عن الدراهم، فكان الجواب في هذه المسألة كالجواب في تلك المسألة.

ولو قال: إن لم أقبض منك دراهم قضاء ما لي عليك فكذا، فقبض بها عرضاً أو دنانير يحنث في يمينه؛ لأنه جعل شرط بره أن يكون المقبوض دراهم ولم يوجد، بخلاف ما إذا قال: إن لم أقبض الدراهم التي لي عليك؛ لأن هناك جعل القبض صفة لما عليه من الدراهم وقبض ما عليه لا يمكن إلا بطريق المقاصة وذلك حاصل فيما إذا أخذ به عرضاً ودنانير.

وإذا قال: إن لم أقبض منك دراهم قضاء مما لي عليك فكذا ثم إن المطلوب

استقرض من الطالب درهماً وقضاه ثم استقرضه منه ثانياً وقضاه ثم وثم حتى صار مستوفياً منه دراهمه كلها بالدرهم الواحد حنث في يمينه؛ لأن شرط برّه أن يكون المقبوض شيئاً يقع عليه اسم الدراهم، والدراهم اسم جمع فقد قبض دينه بما لا يُسمى دراهم ووقع اليأس عن قضائه بما ينطلق عليه اسم الدراهم إذ الدين بعدما قضى مرّة لا يتصور قضاؤه ثانياً فيحبس، ولو استقرض منه ثلاثة دراهم فقضاها إياه ثم استقرضها منه مرة أخرى ثم وثم حتى أوفاه ماله كلّه بثلاثة دراهم فقد بر في يمينه؛ لأنه قضاه حقّه بما ينطلق عليه اسم الدراهم.

ولو حلف ليتزن ما عليه، فأعطاه إياه غير موزونة حنث؛ لأن شرط البر ههنا الوزن ولو اتزن وكيل الطالب بر في يمينه، وكذلك لو حلف الطالب [٤٠٠أ/ ١] والمطلوب على ما قلنا ثم وكل كل واحد منهما بما دخل تحت اليمين كان فعل وكيل واحد منهما كفعله بنفسه، وكذلك لو كان الوكيل من كل واحد منهما قبل اليمين ففعل الوكيلان ذلك بعد اليمين، فقد خرج كل واحد منهما عن يمينه، لأن التوكيل فعل مستدام، فاستدامته من كل واحد منهما بعد اليمين بمنزلة إنشائه بعد اليمين، هذه الجملة في آخر «الجامع»، وهذه المسألة تؤيد قول من يقول فيما إذا وكّل الطالب رجلاً بقبض دينه ثم حلف أن لا يقبض، فقبض الوكيل بعد اليمين أنه يحنث الحالف في يمينه.

قال في «الأصل»: إذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي ما عليه، فلزمه أن الغريمُ فَرَّ منه لا يحنث، لأنه لم يفارق غريمه إنما فارقه الغريم، ولو كان حلف على أن يفارق غريمه وباقي المسألة بحالها يحنث.

قال في آخر أيمان «القدوري»: ولو حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي ما عليه فاشترى منه شيئاً على أن البائع بالخيار ثم فارقه حنث، لأن القبض في الشراء يقع بطريق المقاصة، وإنما تقع المقاصة بعد الوجوب على المشتري والخيار يمنع ذلك، ولو أخذ به رهناً أو . . . . . .(١) حنث إلا إذا هلك الرهن قبل الافتراق، وقيمته مثل الدين أو أكثر فحينئذ لا يحنث ولو كان الغريم امرأة فتزوجها عليه قبل المفارقة برّ في يمينه، ولو كان النكاح فاسداً وفارقها حنث، إلا إذا كان دخل بها قبل المفارقة، ومهر مثلها مثل الدين أو أكثر، ولو كان العقد صحيحاً فوقعت الفرقة بمعنى من قبلها فسقط مهرها وفارقها لم يحنث؛ لأن بنفس النكاح وجب المهر. ووقع القبض بالمقاصة، وانحل اليمين، فلا يتصور الحنث بعد ذلك.

ولو حلف ليتزن ما له عليه وأعطاه عدداً وكان وازنه حنث، لأن اليمين العقد على فعل الاتزان ولم يوجد.

وعن أبي يوسف إذا قال: لا أقبض مالي عليك إلا جميعاً، وعليه عشرة وعلى الطالب لرجل آخر خمسة، فأمر ذلك الرجل الطالب أن يحتسب للمطلوب بالخمسة التي

(١) بياض بالأصل.

عليه ودفع خمسة أخرى مكانه. قال: هو جائز ولا يحنث لأنه صار قابضاً إحدىٰ الخمستين بالمقاصة، والخمسة الأخرى بالقبض الحقيقي ساعة واحدة، فصار قابضاً العشرة جميعاً، هذه الجملة من «القدوري».

وذكر في «العيون» مسألة تدل على الحنث في فصل الرهن في يَدِهِ وإن هلك الرهن لأن شرط الحنث قبض يفيد ملك الرقبة واليد، وذلك لا يتحقق في فصل الرهن وإن هلك الرهن في يده.

وفي «الأصل»: إذا حلف ليقضين فلاناً ماله وفلان ميت، أو حلف ليضربن فلاناً أو ليكلمن فلاناً، وفلان ميت، بأن كان لا يعلم بموته، ينعقد يمينه ويحنث من ساعته بالإجماع.

وإذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي ما عليه، فقعد مقعداً حيث يراه حتى لا يفوته ويحفظه فهو ليس بمفارق له، وإن حال بينهما سارية أو عمود من أعمدة المسجد فليس بمفارق له أيضاً، وكذلك إذا جلس أحدهما خارج المسجد والآخر داخل المسجد والباب مفتوح بحيث يراه، فليس بمفارق له، وإذا توارىٰ عنه بحائط المسجد والآخر داخل فهو مفارق، وكذلك إذا كان بينهما باب مغلق والمفتاح بيد الحالف والحالف خارج الباب فأغلق عليه الباب، هذه الجملة من «المنتقىٰ»، وفي الحيل: إذانام الطالب أو غفل عن المطلوب أو شغله إنسان بالكلام، فهرب المطلوب لا يحنث في يمينه، ولو لم يتم ولم يغفل عنه فذهب ولم يذهب معه الطالب ولم يمنعه مع الإمكان يحنث في يمينه، لأنه لما لم يمنعه ولم يذهب معه مع الامكان صار كالمفارق له، فيحنث في يمينه، وبما ذكر في الحيل مع أن المسألة الأصل التي تقدم ذكرها على التفصيل، وفيه أيضاً: لو منعه إنسان عن الملازمة حتى هرب المطلوب، لا يحنث في يمينه.

ولو حلف ليقبضنّ ماله على الغريم ولم يؤقت فأبرأه من المال، ووهبه منه حنث، ولو وقت في ذلك وقتاً فأبرأه قبل الوقت سقط الثمن ولم يحنث إذا جاء الوقت في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف يحنث.

وعلى هذا إذا حلف المطلوب لا يعطي حق فلان حتى يأذن له فلان، فمات قبل الإذن فاليمين ساقطة عند أبي حنيفة ومحمد، وهذا: بناءً على ما قلنا قبل هذا، إن الغاية في اليمين متى صارت مستحيل الكون فتحل اليمين عند أبي حنيفة ومحمد.

وإذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي ما عليه، ثم إن الغريم أحال الطالب على رجل بالمال وأبرأه الطالب منه ثم فارقه ثم نوى المال على المحتال عليه ورجع الطالب بالمال على المطلوب، لو فارقه قبل الاستغناء لا يحنث في يمينه بلا خلاف، أما عند أبي حنيفة ومحمد فلأن اليمين انحلت بالمفارقة الأولى عندهما بلا حنث، واليمين متى انحلت لا تعود، وأما على قول أبي يوسف فلأنه حنث بالمفارقة بعد الحوالة مرة فلا يحنث بعد مرة أخرى.

وفي «المنتقى»: إذا حلف لا يعطي فلاناً ماله حتى يقضي عليه قاضي فقضى

القاضي بذلك على وكيله، فهذا قضاء عليه، لو أعفاه بعد ذلك لا يحنث، وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد إذا قال الرجل لغيره: والله لا أفارقك حتى أستوفي حقي منك، ثم إنه اشترى منه عبداً قبل أن يفارقه بذلك، ثم فارقه إنه لا يحنث، وهو قول أبي حنيفة لأنه فارقه، ولا شيء عليه، ينبغي أن لا يحنث ههنا؛ لأن الذي عليه يملك بالدين الذي عليه بخروج العبد إلى ملك الذي له الحق، ومن جعله حانثاً في فصل الهبة يقول بالحنث ههنا.

قال: وإن باع الغريم عبد غيره من الطالب لدين الذي عليه ثم فارقه بعدما قبض العبد، ثم إن مولاه استحق العبد ولم يجز البيع لم يحنث، علل فقال: لأنه بيع لو أجاز جار، وهكذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة، وقال هشام: سألت أبا يوسف عن رجل حلف أن لا يفارق غريمه حتى يستوفي ما عليه، ثم إن الغريم باع منه عبداً أو أمة، فإذا العبد مدبر أو مكاتب والأمة أم ولد ثم فارقه، قال: بر في يمينه.

وفي «نوادر ابن سماعة» [٤٠٠ب/ ١] عن أبي يوسف في رجل قال لغريمه: والله لا أفارقك حتى تعطيني حقي اليوم، ونيتهُ أن لا يترك لزومه حتى يعطيه حقه، فقد ذكرنا هذه المسألة مع فروعها في الفصل الرابع من هذا الكتاب.

وفي «المنتقىٰ»: إذا قال الطالب عبدي حر إن لم يقضى فلان مالي عليه إلى شهر، فمات المحلوف عليه فقضى الحالف وارثهُ أو وصيه لا يحنث في يمينه.

وفيه أيضاً: إذا قال المطلوب للطالب: إن لم أدفع إليك حقك يوم الجمعة، فللّه علي كذا، فمات الذي له الدين قبل الجمعة لا يحنث في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: إن دفع إلى الورثة أو إلى الوصي بر، وإن لم يدفع حتى مضت الجمعة يحنث في يمينه.

وفي «واقعات الناطفي»: إذا حلف لا يؤخر عن فلان الحق الذي عليه شهراً فسكت عن تقاضيه حتى مضت الشهر لم يحنث، لأنه لم يؤجر.

إذا قال الطالب للغريم: إن لم آخذ حقي منك غداً فكذا، وقال المطلوب: إن اعطيتك فكذا فوجه التحرز لهما عن الحنث أن يمنع المطلوب حق الطالب فيأخذ منه جبراً ولا يحنث واحد منهما، لانعدام شرط حنثهما..

وفي «الحيل»: إذا حلف لا يأخذ ماله من فلان إلا جملة، أو قال: إلا جميعاً ثم أراد أخذه على التفاريق، فالحيلة أن يترك من حقه درهماً، ويأخذ الباقي كيف يشاء، وهذا لأن بسبب هذا اليمين نفىٰ أخذ جميع ماله، ثم استثنى الأخذ على سبيل الجملة ولما كان المستثنىٰ أخذ جميع ماله كان المستثنى منه أخذ جميع ماله على التفاريق، فإذا ترك درهماً لم يوجد أخذ جميع ماله على التفاريق فلا يحنث في يمينه.

وفيه أيضاً: إذا حلف لا يأخذ من فلان شيئاً من حقه دون شيء، ثم أراد أن يأخذ على التفاريق أو أراد أن يترك بعض حقه يحنث في يمينه، لأن اسم الشيء يتناول القليل، لكن الحيلة له في ذلك أن يأخذ من غيره فيقضي عنه، فلا يحنث وإن لم يكن للمطلوب

من يؤدي عنه وكان للطالب من يقضي له لم يحنث في يمينه، لأن الطالب ما قبض، فقد نص أن الحالف لا يصير قابضاً بقبض الوكيل، وقد ذكرنا قبل هذا بخلافهِ.

وإذا حلف المطلوب أن لا يعطي فلاناً حقه درهماً دون درهم ثم أراد أن يدفع ذلك تفاريق، قال: يحبس من الحق الذي عليه درهماً ويعطيه الباقي على التفاريق، لأن معنى هذا الكلام أن يعطي جميع حقه جملة لا على التفاريق، فإذا حبس من حقه درهماً لم يوجد أداء جميع الحق.

وفيه أيضاً إذا حلف المطلوب لا يعطي فلاناً بحقه دنانير، فلا يحنث في يمينه؛ لأنه عقد يمينه على إعطاء الدراهم وما أعطاه الدراهم، وفيه نظر.

وفيه أيضاً: إذا حلف المطلوب ليعطين فلاناً حقه غداً فلا يتهيأ له ذلك، فالحيلة أن يبيع من الطالب عرضاً بحقه ثم يقيله البيع فيه فيعود الدين على حاله.

وفيه أيضاً: إذا حلف لا يتقاضى فلاناً فلزمه فلم يتقاضاه لا يحنث، لأن الملازمة لا تسمى تقاضياً، إذا حلف المطلوب ليقضي حق فلان غداً فغاب المحلوف عليه، ولم يجده المطلوب ليقضي حقهُ ذكر في «فتاوى أهل سمرقند» أنه لا يحنث عليه، وفي «النوازل» أنه يدفع إلى القاضي ولا يحنث في يمينه، ويكون الدفع إلى القاضي في هذه الصورة كالدفع إلى المحلوف عليه نظراً للحالف، وعليه اختيار الصدر الشهيد.

وذكر هذه المسألة في «واقعات الناطفي»، وقال ينصبه القاضي وكيلاً ويأمره بالدفع إليه فإذا دفع إليه لا يحنث.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف في غير هذه الصورة أن المطلوب إذا جاء بالمال إلى الحاكم وأعلمه بذلك فجعل الحاكم للطالب وكيلا وأمره بقبض الدراهم، وأشهد للمطلوب بالبراءة وأشهد على الغائب أنه قبض فهذا باطل، وبه كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني.

وفي «فتاوىٰ أهل سمرقند»: من هذا الجنس جابي الخراج إذا حلف رجلاً بهذه اللفظة كه أكر فلان روردارد درم ثمن رامت نه كنى بفلان جابي توني كنى ازتوسة طلاق وحلف ذلك الرجل على هذا الوجه، ثم إن الحالف جاء بالدراهم إلى ذلك الموضع في ذلك اليوم، ولم يجد الجابي حتى مضى ذلك، ثم تزوج امرأة قال: لا تطلق.

وإذا حلف الرجل لا يأخذ من فلان درهماً فاعطاه فلان فلوساً في كيس ودسَّ فيها درهماً، وقال: إنها فلوس فقبضها الحالف ثم وجد فيها درهماً فهو حانث قضاء.

وكذلك لو حلف لا يأخذ منه ثوب هروي فأعطاه جراباً مروي، ودس فيها ثوباً هروياً، وقال: إنه مروي فلما قبضه الحالف وجد فيه ثوباً هروياً، حنث قضاء، ولو أعطاه في الفصل الأول قفيز فيه درهم والحالف لم يعلم به، أو أعطاه فراشاً مخيطاً فيه درهم أو وسادة مخيطة فيها درهم والحالف لم يعلم به فهذا في القياس نظير الكيس يحنث قضاء، وفي الاستحسان لا يحنث أصلاً.

وأشار إلى الفرق، فقال: الكيس وعاء الدراهم والدنانير والفلوس والقفيز والفراش والوسادة، فلا.

وكذلك لو أخذ ثوباً فيه دراهم مصرورة ولم يعلم به لم يحنث، ولو علم بذلك فأخذه حنث، لأنه لما علم فقد قصد أخذه فكأن هذا أخذ الدراهم، لا أن يصير آخذاً الدراهم بأخذ الثوب.

ولو كان اليمين على الهبة بأن قال: لا آخذ منك درهماً هبة لم يحنث في هذه الدراهم، لأنه لم يأخذ هبة؛ لأن الأخذ هبة أن يأخذها بعدما سبق من الواهب هبة الدراهم ولم يوجد هذه الجملة من «العيون».

ولو حلف ليقضين دين فلان إلى يوم الخميس أو قال: إلى خمسة أيام، فقد ذكرناهما في الفصل الرابع.

وفيه أيضاً: السلطان إذا حلف أهل قرية على أن يؤدوا خراج تلك القرية بغير أمر أهل تلك القرية فلا حنث عليهم في قول أبي حنيفة، [٤٠١أ/ ١] لأنه لما أدىٰ خراجهم، وقبل السلطان ذلك من المؤدي لم يبق الخراج عليهم فلا يتصور البر، واليمين مؤقتة فيبطل عندهما.

وإذا قال: والله لا أدعي مالي عليك اليوم فقدمهُ إلى القاضي وحلفه فقد بر وكذلك لو لم يقدمهُ إلى القاضي ولازمه إلى الليل.

رجل قال لمديونه: امرأتك طالق إن لم تقضى ديني اليوم، فقال المديون: يا عم ولم يرد جوابهُ فقال له الرجل: قل نعم، فقال نعم وأراد جوابهُ واليمين لازمة، وإن دخل بينهما انقطاع؛ لأن الكل كلام واحد.

سئل شمس الإسلام الأوزجندي عمن قال لصاحب الدين إن لم أقض حقك يوم العيد فكذا، فجاء يوم العيد إلا أن قاضي هذه البلدة لم يجعلهُ عيداً ولم يصل فيه صلاة العيد لدليل عنده وقاضي بلدة أخرى جعله عيداً وصلى فيه قال: إذا حكم قاضي بلدة بكونه عيداً يلزم ذلك أهل بلدة أخرىٰ إذا لم تختلف المطالع كما في الحكم بالرمضانية، وفي «فتاوىٰ ما وراء النهر»: سئل ابو نصر الدبوسي عمن حلف غريمه أن يأتي منزلهُ غداً ويريه وجهه فأتاه فلم يجده، وقد غاب قال: لا يحنث في يمينه

نوع آخر
في الخدمة والاستخدام

وإذا حلف الرجل على خادم كان يخدمه أن لا يستخدمه فهذه المسألة على وجهين:
الأول: أن يكون الخادم مملوكاً للحالف، وأن يشتمل على فصول أربعة:

أحدها: ان يطلب منه الخدمة بعد اليمين نصاً، وصريحاً بأن قال اخدمني، وفي هذا الوجه يحنث في يمينه، وإنه ظاهر.

الثاني: أن يخدمهُ بعد اليمين بغير أمره وتركه حتى خدمه، وكان يخدمه قبل اليمين بأمره، وفي هذا الوجه يحنث أيضاً، لأنه يأتي على الاستخدام السابق إذ لا يحتاج في استخدام الخدم إلى تجديد الاستخدام في كل ساعة، فما لم ينقطع حكم الاستخدام بالنهي بقي مستخدماً.

الثالث: أن يخدمهُ بعد اليمين بغير أمره فتركه حتى يخدمه، وقد وكان يخدمه قبل اليمين بغير أمره، وفي هذا الوجه يحنث أيضاً.

الرابع: أن يخدمه بعد اليمين بغير أمره كان لا يخدمه قبل اليمين أصلاً، وفي هذا الوجه يحنث في يمينه أيضاً، وهذا لأن المولىٰ مستخدم له بالشراء، لأن الخادم إنما يشترى للخدمة وكان الشراء طلباً للخدمة دلالة فيعتبر مسخدماً له في كل ساعة ما لم يعلم ضده، وذلك بالنهي.

الوجه الثاني: إذا كان الخادم مملوكاً لغيره، وأنه يشتمل على فصول أربعة على نحو ما بينا يحنث في الفصلين الآخرين، ولو حلف لا يخدمه فخدمه فلان بغير أمره أو بأمره حنث في يمينه، لأن اليمين عقدت على فعل فلان وقد وجد فعله، وفي المسألة المتقدمة اليمين عقدت على فعل الحالف وهو: الاستخدام ولم يوجد منه الاستخدام في الفصلين الآخرين من الوجه الثاني.

ولو حلف لا يستخدم خادماً لفلان فسألها وضوءاً أو شراباً وأومأ بذلك إليها ولم يكن له نية حين حلف حنث، إن فعل خادم فلان ذلك أو لم يفعل، لأن اليمين انعقدت على فعل الحالف وهو الاستخدام، وذلك يحصل بالصريح والإشارة ولا يتوقف على وجود العمل من الخادم، لأن اليمين لم يتعرض لعمله فإن كان نوى بيمينه أن يستعين بها فتعينه دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين في القضاء، لأن هذه اللفظة قد تستعمل بحصول الخدمة له فاستخدمه لكنه خلاف الظاهر، فلا يدين في القضاء.

ولو حلف الرجل لا يخدمه خادم فلان، فجلس الحالف مع فلان على مائدة يطعمون، ذلك الخادم يقوم عليهم في طعامهم وشرابهم حنث في يمينه والخدمه كل شيء من أعمال داخل البيت، أما كل شيء من أعمال خارج البيت، كالبيع والشراء فذلك يعد تجارة ولا يعد خدمة.

واسم الغلام ينطلق على الغلام والجارية والصغير الذي يقدر على الخدمة، والكبير.

نوع آخر
في الهدم والكسر

إذا حلف الرجل وقال: عبدي حر أو قال: امرأتي طالق إن لم أهدم هذا الحائط اليوم، أو قال: إن لم أنقضه اليوم فهدم ثلثاً منه أو ربعاً ولم يهدم الباقي حتى مضىٰ اليوم حنث في يمينه، لأن شرط البر نقض جميع الحائط وهدمه جميع الحائط اليوم لأن النقض والهدم يرادن على الكل؛ لأن الهدم والنقض ضد البناء، ولا يقال: بنى الحائط ما لم يبن كلهُ، فكذا لا يقال: نقض الحائط وهدمه مالم ينقض كلهُ وإن قال: عنيت به هدم البعض دين فيما بينه وبين الله تعالى، لأن نية البعض تخصيص فقد نوى الخصوص من العموم ونية الخصوص من العموم صحيحة فيما بينه وبين الله تعالى، فهل يصدقه القاضي لم يذكر في «الكتاب».

وقد اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه لا يصدقه، لأنه نوىٰ خلاف الظاهر، وفيه تخفيفُ عليه.

ولو قال: عبدي حر إن لم أكسر هذا الحائط اليوم فكسر بعضه ولم يكسر الباقي، حتى مضى اليوم لا يحنث في يمينه، لأن شرط البر في هذه الصورة نقض الحائط، لأن الكسر يرد على البعض لأن الكسر إخراج الشيء عن الصحة، ويخرج الشيء عن الصحة بورود الكسر على البعض فإذا كسر البعض فقد تحقق البر.

قال مشايخنا: إنما لا يحنث بكسر البعض إذا كان المكسور شيئاً له عبرة وأما إذا كان شيئاً لا عبرة له كان خدشاً لا كسراً فيحنث، ولو عنى بالكسر الهدم كان مصدقاً بالكسر في القضاء، لأن فيه تغليظ بخلاف ما إذا عنى بالهدم الكسر على القول المختار، وعن أبي يوسف فيمن حلف ليهدمن هذه الدار فهدم سقوفها في يمينه، لأنه لا يمكنه أن يزيل اسم الدار بهدم الجميع لأن بعد هدم الجميع تسمىٰ داراً، فتعذر العمل بحقيقة الهدم فيجعل [٤٠١ب/١] مجازاً عن الكسر.

الفصل الثالث عشر
فمن حلف على شيء فقال آخر عليَّ مثل ذلك

وفي الأيمان الموقوفة: روي عن أبي يوسف فيمن حلف بطلاق امرأته لا يدخل الدار فقال آخر: عليَّ مثل ذلك، فإن أراد بهذا الايجاب اليمين، كان يميناً كأنه قال: والله لأطلقها، فإن مات أحدهما حنث.

ولو قال الأول: عبدي حر إن دخلت الدار، فقال آخر عليَّ مثل ذلك: إن دخلت هذه الدار فدخل الثاني لم يعتق عبده، لأن الأول أوجب عتق عبد معين معلقاً بدخول الدار، أما ماأوجب في ذمته شيئاً برا أو حنثا على الثاني، أما أن يوجب عرفاً في ذمته ولا وجه إليه لأنه لا يكون مثلاً للأول فالأول ما أوجب في ذمته شيء وأما أن يوجب عليه الإعتاق في ذلك العبد، ولا وجه إليه؛ لأنه لا ملك له في ذلك العبد.

ولو قال الأول: لله علي عتق نسمة، إن دخلت وقال الثاني: علي مثل ذلك إن دخلت لزم الأول والثاني، لأن الإيجاب من الأول كان في الذمة فيمكن الإيجاب في ذمة الثاني، لأنه يكون مثلاً للأول.

وفي «المنتقىٰ»: رجل حلف بالطلاق والعتاق والمشي إلى بيت الله تعالى إن فعل كذا ثم قال الحالف لآخر: عليك هذه الأيمان لازمة لك، فقال: نعم، لزمه الطلاق والعتاق أيضاً، (وفي المشي إلى بيت الله تعالى أيضاً).

وفي «الأصل» رجل قال: لله علي المشي إلى بيت الله تعالىٰ وكل مملوك لي حر وكل امرأة لي طالق إن دخلت الدار، فقال آخر: علي مثل ما جعلت على نفسك، إن دخلت فدخل الثاني لزمه المشي ولم يلزمه طلاق ولا عتاق، قال مشايخنا: معنى قوله لا

يلزمهُ عتق ولا طلاق؛ لأنه لا تطلق امرأته ولا يعتق عبده في الحال وهل يؤمر به؟ ففي العتق يؤمر فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يجبره القاضي عليه، وفي الطلاق لا يؤمر فيما بينه وبين الله تعالى، كما لا يجبره القاضي عليه.

ولو قال الأول: كل مال لي هدي فقال آخر علي مثل ذلك لزم الثاني أن يهدي جميع ماله سواء كان أقل من مال الأول أو مثلها أو أكثر لأن الإيجاب من الثاني ينصرف إلى كل ماله حتى يكون مثلاً لما أوجبه الأول، إلا أن ينوي مثل قدره فيلزمه ذلك القدر؛ لأن اللفظ يحتملهُ.

ولو قال الأول: كل مال أملكهُ لي فهو هدي فقال: آخر عليَّ مثل ذلك فيلزمهُ شيء؛ لأن الثاني لم يضف الهدي إلى ملكه.

وفي «القدوري» عن أبي يوسف: إذا قال الرجل: امرأة زيد طالق ثلاثاً، وعبده حر وعليه المشي إلى بيت الله تعالىٰ إن دخلت هذه الدار، فقال زيد: نعم، فقد حلف بذلك كله لأن قولهُ نعم جواب، والجواب يتضمن إعادة ما في السؤال، ولو لم يقل: نعم ولكن قال: قد أجزت ذلك فهذا لم يحلف على شيء، ولو قال: أجزت ذلك على إن دخلت الدار لزمهُ وقال: ألزمته نفسي إن دخلت الدار لزمه ولو قال: امرأة زيد طالق فقال زيد: أجزت أو رضيت أو ألزمته نفسي لزمة الطلاق؛ لأن هذا ليس بيمين بل هو إنشاء إيقاع فيتوقف على الإجازة كسائر الإنشاءات.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف: رجل قال لغيره: دخلت دار فلان أمس، فقال نعم، فقال له السائل: والله لقد دخلتها، فقال نعم فهذا حالف، لأن قوله نعم يتضمن جميع المذكور.

كذلك إذا قال لغيره: دخلت دار فلان أمس فقال لا، فقال والله ما دخلتها، فقال نعم هذا جواب.

وروى بشر عن أبي يوسف رجل قال لآخر: إن كلمت فلاناً فعبدك حر، فقال الآخر إلا بإذنك فهذا مجيب، إن كلمهُ بغير إذنِهِ يحنث في يمينه.

وعنه برواية بشر أيضاً: قال الرجل لغيره: عليك عهد الله إن لم تفعل كذا، فقال: نعم، فقال: لا شيء على القائل.

وفي «القدوري»: إذا قال الرجل: إن بعت هذا المملوك من زيد فهو حر، فقال زيد: أجزت ذلك أو رضيت ثم اشتراه لم يعتق، لأن الحالف عقد اليمين على نفسه لا على زيد وتعذر العتق من جهة الحالف، لأن الشرط قد وجد والعبد ليس في ملكه، وبمثله لو قال: إن اشترى زيد هذا العبد مني فهو حر، فقال زيد: نعم ثم اشتراه عتق عليه؛ لأنه عقد اليمين على المشتري، لأن إضافه إلى حين ملك المشتري فيكون النفاذ على المشتري، وقوله نعم ينتظم جميع ما ذكره.

الفصل الرابع عشر
في اليمين على الأفعال في المكان

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: إذا قال الرجل: عبده حر إن صام شهر رمضان بالكوفة وكان بالكوفة شهر رمضان إلا أنه كان مريضاً فلم يصمه، لا يحنث في يمينه، لأن شرط حنثه أن يصوم رمضان بالكوفة ولم يصم.

ولو قال: عبده حر إن فطر بالكوفة، فكان يوم الفطر بالكوفة، إلا أنه لم يأكل في يومه ذلك يحنث علل محمد رحمه الله في الكتاب فقال: لأنه مفطر وإن لم يأكل، ومعنى هذا الكلام: أن الفطر كما يثبت بالأكل يثبت بترك نية الصوم؛ لأنه لا يكون صائماً بدون النية، وإذا لم يكن صائماً يكون مفطراً، إذ لا واسطة بينهما، فوجه هذا التعليل: أنه لو أصبح صائماً يوم الفطر بالكوفة، أنه لا يحنث، ومن وجه آخر: أن الفطر كما يذكر ويراد به الخروج عن الصوم بتناول ما يوجب الفطر، يذكر ويراد به دخول وقت الفطر، قال عليه السلام: «إذا أقبل الليل من ههنا وأدبر النهار من ههنا فقد أفطر الصائم»(١) والمعنى دخل وقت الفطر وقد قام الدليل على أن المراد ههنا دخول وقت فإن الفطر أضيف إلى مكان عام والفطر إذا أضيف إلى مكان عام يراد به دخول وقت الفطر، فإن العيد إذا هل يقولون: أفطرنا في بلدة كذا ويريدون بذلك دخول وقت الفطر، وكينونتهم في تلك البلدة يوم الفطر فحمل عليه بحكم العرف وصار تقدير يمينه، إن كنت يوم الفطر بكوفة فعبدي حر، فائدة هذا التعليل أنه لو أصبح يوم الفطر بكوفة صائماً أنه يحنث في يمينه، لأن شرط الحنث على هذا الوجه كونه بكوفة يوم الفطر.

ولو قال: عبده حر إن رأى هلال الشهر الداخل بالكوفة فأهل [٤٠٢أ/ ١] الهلال وهو بالكوفة وعلم به يحنث في يمينه وإن لم ير الهلال بنفسه، واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسألة:

فبعضهم قالوا: شرط كينونته بالكوفة يوم يرى الناس الهلال بالعرف الظاهر، فيما بين الناس إنهم يقولون: رأينا الهلال ببلدة كذا وإن لم يروا بأنفسهم، ويريدون به الكينونة بتلك البلدة يوم رؤية الهلال وصار تقدير يمينه: إن كنت بالكوفة يوم يرى الناس الهلال بها، فعبدي حر.

وبعضهم قالوا: شرط الحنث العلم بالهلال بالكوفة، لأن الرؤية كما تذكر ويراد بها الرؤية بالعين تذكر ويراد بها العلم بالقلب، قال الله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَىٰ رَبِّكَ كَيْفَ مَدَّ ٱلظِّلَّ﴾ [الفرقان: ٤٥] والمراد هو العلم إلا أنه غلب استعمالها عند الإطلاق في العلم، والأعمى يقول: رأينا الهلال ويريد به العلم، والناس يقولون في عاداتهم: رأينا الهلال ببلدة

---

(١) أخرجه البخاري في الصوم حديث ١٩٥٤، ومسلم في الصيام حديث ١١٠١، وأبو داود في الصوم حديث ٢٣٥١.

كذا، وإن لم يروا بأنفسهم ويريدون العلم، فعند الإطلاق حمل عليه بحكم غلبة الاستعمال، وصار تقدير يمينه إن علمت بالهلال بالكوفة فعبدي حر، وإن نوى النظر بالعينين فهو على ما نوى فيما بينه وبين الله تعالى، وفي القضاء؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، وهذه حقيقة مستعملة.

ولو قال: عبده حر إن أضحى العام بالكوفة، فكان بالكوفة يوم الأضحىٰ إلا أنه لم يضحِّ لا يحنث في يمينه، لأن التضحية إقامة النُسك بإراقة دم شيء من الأنعام، فلم يوجد عرف بخلاف هذه الحقيقة بل العرف شاهد للحقيقة، فإنه لا يقال: فلان ضحّىٰ إلا إذا ذبح، فصار شرط الحنث الذبح بالكوفة في إقامة التضحية ولم توجد وإن نوى الكينونة بالكوفة وقت التضحية فهو على ما نوى فيما بينه وبين الله تعالى، وفي القضاء لأنه تغليظ عليه.

ولو قال: عبده حر إن أفطر الليلة عند فلان، فغربت الشمس والحالف في منزله ثم ذهب إلى بيت المحلوف عليه وأكل عنده حنث في يمينه، ولو أكل في بيته لقمة وشربة ماء ثم ذهب إلى بيت المحلوف عليه وأكل عنده لا يحنث في يمينه، وكذلك إذا لم يأكل ولم يشرب في منزله، وذهب إلى بيت المحلوف عليه ولم يأكل هناك أيضاً، لا يحنث في يمينه، وقد حمل الإفطار ههنا على الأكل الذي هو نقيض الصوم.

وفي مسألة كونه لم يحمله على الأكل الذي هو نقيض الصوم حتى قال: لو كان بكوفة يوم الفطر ولم يأكل يحنث، وأما على المعنى الأول: فلأن الفطر إنما يثبت بترك نية الصوم في محل يقبل الصوم، لا في محل لا يقبل الصوم والليل لا يقبل الصوم، فلا يجعل مُفطراً فيه بترك نية الصوم، فحمل الفطر على الأكل الذي يثبت بفعله، فأما اليوم يقبل الصوم فيمكن أن يجعل مفطراً فيه بترك نية الصوم، فلا ضرورة إلى حمل الفطر على الأكل وأما على المعنى الثاني: فلأنا إنما حملنا الفطر هناك على دخول وقت الفطر بحكم العرف، والعرف فيما إذا أضيف الفطر إلى مكان خاص أو إلى شخص خاص، فلا عرف أنه يراد بذكر الفطر دخول وقت الفطر بل العرف بخلافه، فإن الرجل يقول لغيره: أفطر الليلة عندي ويريد به: الأكل دون دخول وقت الفطر، ويقول الرجل: أفطرت البارحة عند فلان، ويريد به حقيقة الأكل، فإذا صار الفطر في هذه الصورة محمولاً على الأكل الذي هو نقيض الصوم فنقول: الفطر إنما يحصل بأول أكل يوجد ففي الصورة الأولى: أول الأكل وُجد عند المحلوف عليه، فتحقق شرط الحنث، وفي الصورة الثانية: أول الأكل لم يوجد عند المحلوف عليه فلم يتحقق شرط الحنث، وفي الصورة الثالثة: لم يوجد الأكل أصلاً.

إذا حلف لا يقتل فلاناً بالكوفة فضربه ببغداد ومات بالكوفة يحنث في يمينه بناء على ما تقدّم ذكره: أن الفعل إنما يصير قتلاً عند زهوق الروح وانزهاق الروح حصل بالكوفة فيصير قاتلاً بالكوفة.

الفصل الخامس عشر
في تعليق الأجزئة المختلفة بالشرط

إذا قال الرجل: إن دخلت الدار فامرأته طالق، وعبده حر وعليه المشي إلى بيت الله تعالى إن كلّمت فلاناً [صار] يمينين في ظاهر الرواية وتعلق الطلاق والعتاق بدخول الدار وتعلق الحج بالكلام، لأنه ذكر الأجزئة الثلاث عقيب الشرط متصلاً به بحرف العطف، وهذا يقتضي تعلق الكل به بحكم العطف، ألا ترىٰ أنه لو اقتصر على الشرط الأول، ولم يذكر الشرط الثاني تعلق الكل بالشرط الأول، فلا يقع شيء منها عن الشرط الأول إلا لضرورة، فإذا ذكر الشرط الثاني جاءت الضرورة وهي ضرورة صيانة الشرط الثاني فلا يقع الجزاء الثاني عن الشرط الأول. وعلى هذا إذا قال لامرأته: إن دخلت فأنت طالق وطالق وطالق إن كلمت فلاناً، تعلق الطلاق الأول والثاني بالشرط الأول وتعلق الثالث بالشرط الثاني.

ولو قال لامرأته: طالق إن دخل الدار وعبده حر وعليه المشي إلى بيت الله إن كلم فلاناً فهما يمينان في ظاهر الرواية، وتعلق الطلاق بدخول الدار، وتعلق العتاق والحج بالكلام بخلاف الفصل الأول، لأن هناك ذكر الأجزئة منقطعة لأنه ذكر بين الأجزئة والشرط، وليس الشرط من جنس الجزاء فلا يلحق بالأول إلا لضرورة، ولا ضرورة لأنه أمكن إلحاقه بالثالث.

ولو قال: امرأته طالق إن دخل الدار وعبده حر فالحرية تتعلق بالدخول وطريقه أن يجعل قوله: وعبده حر مقدّماً على الدخول، لأن غرض الحالف التعلق لوجود دليله، وهو الشرط وإنما تتعلق [٤٠٢ب/ ١] العين بالدخول، إما بتقديم العتق على الدخول ليصير تقدير المسألة: امرأته طالق وعبده حر إن دخل الدار، أو بتأخير الطلاق عن الدخول وعند ذلك يحتاج إلى إضمار حرف الفاء ليصير تقدير المسألة: إن دخل الدار فامرأته طالق وعبده حر، فاخترنا التقديم، لأن التقديم أهون من الإضمار.

ومما يتصل بهذه المسألة إذا قال: امرأته طالق وعبده حر غداً، لم تطلق المرأة ولم يعتق العبد حتى يجيء الغد، لأن الواو دخلت بين جملتين إحداهما تامة والأخرىٰ ناقصة؛ لأن الجملة الأولىٰ ناقصة من حيث الإضافة والتعليق، والجملة الثانية تامة في حق الإضافة والتعليق، والواو إذا دخلت بين جملتين، إحداهما ناقصة والأخرى تامة، تكون للعطف والاشتراك فيصير الجزء الأول معطوفاً على الجزء الثاني، والثاني تعلق بمجيء الغد فيشاركه الأول في هذا التعليق فلا يقعان إلا بمجيء الغد.

ولو قال: امرأته طالق اليوم وعبده حر غداً، طلقت المرأة اليوم وعتق العبد غداً، لأن الواو دخلت بين جملتين تامتين لوجود الإضافة في كل واحد منهما، فيجعل للاستئناف والاستئناف ينفي المشاركة.

ولو قال: امرأته طالق اليوم وعبده حر وعليه المشي إلى بيت الله غداً، طلقت المرأة

اليوم ووجب المشي إلى بيت الله غداً، ولم يذكر أن العتق يقع اليوم أو غداً.

بعض مشايخنا قالوا: يقع غداً لأنه ذكر ثلاثة أجزئة، وذكر عقيب الأول وقتاً وعقيب الثالث وقتاً فيصير كما لو ذكر ثلاثة أجزئة وذكر عقيب الأول شرطاً وعقيب الثالث شرطاً وهناك تعلق الجزاء الأول بالشرط الأول والجزاء الثاني بالشرط الثاني، فههنا كذلك.

وبعضهم قالوا: يعتق اليوم لأنه أمكن عطف الجزء الثاني على أول الكلام، لأن قوله: اليوم وقوله وعبده حر اسم أيضاً وعطف الاسم على الاسم صحيح، وإذا أمكن عطف الجزاء الثاني على الأول لا ضرورة إلى عطفه على الثاني، بخلاف ما إذا ذكر مكان الوقت شرطاً لأن هناك عطف الجزء الثاني على الشرط الأول غير ممكن، لأن الجزاء الثاني قوله: حر فإنه اسم فالشرط الأول، وهو دخول فعل والاسم لا يعطف على الفعل، فألحق الجزاء الثاني بالشرط الثاني ضرورة، والأول أصح؛ لأن الوقت وإن كان اسماً لكنه ليس من جنس الجزاء والجزاء ليس من جنسه، فلا يصح العطف إلا بتقديم الجزاء الثاني على الوقت، وقد أمكن إلحاقه بالثاني فلا يصار إلى التقديم.

الفصل السادس عشر
في الحلف ما يقع على الملك القائم وما يقع عليهما

يجب أن يعلم أن الحالف إذا عقد يمينه على فعل في محل منسوب إلى الغير بالملك، يراعىٰ للحنث وجود النسبة وقت دخول الفعل المحلوف عليه، ولا يعتبر بالنسبة وقت اليمين إذا لم توجد النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه.

مثاله ما ذكر في «الزيادات»: إذا حلف لا يدخل دار فلان، فباع فلان داره ودخلها الحالف لا يحنث في يمينه، ولو اشترى فلان داراً أخرى، ودخلها الحالف يحنث في يمينه، اعتباراً للنسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه، وكذلك على هذا: إذا حلف لا يركب دابة فلان لا يلبس ثوبه لا يأكل طعامه ولا يشرب شرابه.

وروى أبو سليمان عن أبي يوسف: فيمن حلف لا يلبس ثوب فلان ولا نية له إن يمينه على ما كان في ملكه يوم حلف، ومتى عقد يمينه على فعل في محل منسوب إلى الغير لا بالملك، يُراعىٰ للحنث وجود النسبة وقت اليمين. ولا يعتبر بالنسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه.

مثاله: إذا حلف لا يكلم زوجة فلان فأبان فلان زوجته وتزوج أخرى، أو حلف لا يكلم صديق فلان، فعادى فلان صديقه واتخذ صديقاً آخر، فإن كلم الأول يحنث وإن كلم الثاني لا يحنث هكذا ذكر في «الزيادات».

وذكر مسألة الزوجة والصديق في «الجامع الصغير» واعتبر قيام النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه، حتى قال: إذا كلّم زوجة فلان بعدما أبانها أو كلّم صديق فلان

بعدما عاداه لا يحنث في يمينه. وهكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف في «النوادر» فقيل في المسألة روايتان، وإليه مال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله وقيل: ما ذكر في «الجامع الصغير» قولهما، وما ذكر في «الزيادات» قول محمد رحمه الله.

وجه ما ذكر في «الزيادات»: وهو الفرق بين الزوجة والصديق، وبين الطعام والثوب والدار وأشباهها، أن الحاصل على اليمين في الطعام والشراب وأشباهها معنى في مالك هذه الأشياء، لأن هذه الأشياء مما لا تهجر ولا تعادى عادة بمعنى فيها، وهذا المعنى يوجب تقييد اليمين بالمنسوب وقت وجود الفعل المحلوف عليه، فأما الحالف على اليمين في الزوجة والصديق معنى فيهما، لأن كل واحد منهما يُهجر ويعادى عادة بمعنى فيه، فإن الأذى منهما متصور، والنسبة إلى فلان للتعريف لا لتقييد اليمين بها، فتنعقد اليمين على المنسوب إليه وقت اليمين، فإن قيل: هذا الفرق يشكل بما ذكر في «الزيادات» من مسألة العبد وصورتها: إذا حلف لا يكلم عبد فلان، فباع فلان عبده فاشترىٰ عبداً آخر، ذكر أنه إن كلّم الأول لا يحنث، وإن كلم الثاني يحنث، والعبد مما يهجر ويعادى عادة، لأن الأذى منه متصور.

قلنا: روىٰ ابن سماعة عن محمد أن العبد نظير الزوجة والصديق ثم القدر على رواية «الزيادات» أن المولىٰ مالك فيه العبد، وباعتبار هذا الملك يقدر على منعه من سوء الأدب والمعاشرة مع الناس فيما يوجد يرى من المولى فانعقدت اليمين على المنسوب وقت الحلف بخلاف الزوجة والصديق.

وجه ما ذكر في «الجامع الصغير»: أن معاداة الزوجة بمعنى في زوجها، ومعاداة الصديق بمعنى في صاحبه أمر محتمل، فإذا ترك الإشارة صار ذلك دليلاً على وجود هذا المحتمل.

وذكر محمد رحمه الله في «الزيادات»: إذا حلف لا يدخل [٤٠٣أ/ ١] دار فلان، وذكر أن قول أبي حنيفة ومحمد يمينه على ما كان في ملك فلان يوم الدخول أو ما يكون فلان ساكناً فيها عند الدخول، وعلى قول أبي يوسف اليمين على ما كان في ملكه وقت اليمين، إذا بقي في ملكه إلى وقت الدخول، لا على ما يستحدث الملك فيها بعد اليمين ولم يذكر قول أبي يوسف في قوله: دار فلان.

فمن مشايخنا من قال: ذكر الخلاف في هذه المسألة يكون ذكراً في قوله: دار فلان؛ إذ لا فرق بين قوله: دار فلان، وبين قوله: داراً لفلان في عرف اللسان.

وذكر في «القدوري»: قول أبي يوسف في المسألتين جميعاً فعلى قول هؤلاء لا يحتاج أبو يوسف إلى الفرق بين قوله دار فلان وبين قوله داراً لفلان، فإنما يحتاج إلى الفرق بين الدار وبين الطعام والشراب، والفرق: أن الدار ما يستدام الملك فيها ولا يستحدث في كل وقت عادة، فكانت نظير الزوجة والصديق، فأما الطعام والشراب فالملك فيها لا يستدام عادة بل يستحدث في كل وقت، فإنما تدخل اليمين ما يكون في ملكه وقت الفعل المحلوف عليه.

ومنهم من قال: الخلاف في قوله: داراً لفلان خاصة، وقوله: دار فلان على الوفاق، فعلى قول هؤلاء يحتاج أبو يوسف إلى الفرق بين قوله دار فلان وبين قوله داراً لفلان.

والفرق: أن قوله لا أدخل داراً كلام تام مفيد بنفسه، ولو اقتصر فلا يكون ذكر فلان لتصحيحه وإنما يكون ذكره لبيان الملك الذي منع نفسه عن الدخول فيه، فيقع على الموجود دون المستحدث، كقوله: صديق فلان فصار تقدير يمينه: لا أدخل داراً هي ملك فلان الآن، أما قوله: لا أدخل داراً ليس بكلام صحيح مفيد بنفسه فكان ذكر فلان لتصحيحه، وما كان مصححاً لليمين تتقيد اليمين به فوقعت على الموجودة والمستحدثة جميعاً.

وإذا جمع في المحل المنسوب إلى الغير بالملك من النسبة والإشارة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يعتبر وجود النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه، وقال محمد رحمه الله: لا يعتبر ذلك.

بيانه: فيمن حلف لا يدخل دار فلان هذه، لا يكلم عبد فلان هذا، لا يركب دابة فلان هذه، لا يلبس ثوب فلان هذا، ففعل شيئاً من ذلك بعدما خرج العين من ملك فلان على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يحنث، وعلى قول محمد يحنث.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: أنه يحنث كما هو قول محمد رحمه الله فصار عن أبي يوسف في هذه المسائل روايتان.

فوجه قول محمد: أن النسبة للتعريف والإشارة أبلغ أسباب التعريف فلا تعتبر النسبة مع الإشارة، وصار تقدير يمينه: لا أدخل هذه الدار، لا أركب هذه الدابة، ولأن الإشارة دليل على أن الحامل على اليمين معنى في هذه الأشياء لا في المالك فتنعقد اليمين على ذاتها، ولهما: أن النسبة تفيد غير ما تفيده الإشارة، فيجب اعتبارهما.

بيانه: أن بالنسبة يظهر أن المراد هجران المالك لأن هذه الأشياء قد تُهجر لمعنى فيها بأن يكون العبد مؤذياً، وما عدا العبد . . . . .[1] فالنسبة بعبد الهجران لأجل المالك وهذا المعنى لا يحصل بالإشارة.

فإن قال الحالف: عنيت أن لا أفعل به ما دام لفلان، قال محمد يُدّين فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه نوى ما يحتمله لفظه، كما قال أبو حنيفة وأبو يوسف، ولكن يصدق في القضاء لأنه نوى تخصيص بعض الأحوال، وليس في لفظه ما يدل عليه.

وإن قال الحالف: عنيت أن لا أفعل ذلك به ما دام لفلان، وبعد ما زال عن ملكه، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: بأنه يصدق لأنه نوى ما يحتمله لفظه كما قاله محمد رحمه الله، وفيه تغليظ وتشديد عليه هكذا ذكر المسألة في «الزيادات»، و«الجامع الصغير».

وذكرها في «الأصل»، وجعلها على ثلاثة أوجه: إما إن نوى العين، وفي هذا الوجه

(١) بياض بالأصل.

له نيته حتى لوفعل به ذلك الفعل بعد ما زال عن ملك المحلوف عليه لا يحنث في يمينه، وإن لم يكن له نية، قال أبو حنيفة: هو على الإضافة حتى لا يحنث في يمينه بالفعل بعد ما زال العين عن ملك المحلوف عليه، وهو قول أبي يوسف، وقال محمد: على العين حتى يحنث بالفعل بعد ما زال العين عن ملك المحلوف عليه.

وإذا جمع بين النسبة والإشارة في محل منسوب إلى الغير لا بالملك بأن قال: لا أكلّم زوجة فلان هذه، لا أكلم صديق فلان هذا، ففارق فلان زوجته، وعادى فلان صديقه، ثم كلّمه الحالف حنث في يمينه، أما على رواية «الزيادات» فلأنه يحنث بدون الإشارة فمع الإشارة أولىٰ، وأما على رواية «الجامع الصغير»، فلأن مع الإشارة لم يبق بهجران الكلام لمعنى في الزوج وفي الصديق احتمال فتعين الهجران لمعنى في المحل فانعقدت اليمين على الذات كأنه قال: لا أكلم هذه.

وفي «النوازل»: إذا قال: والله لا أتزوج من أهل هذه الدار وليس للدار أهل، ثم سكنها قوم فتزوج منهم، أو قال: والله لا أتزوج من بنات فلان وليس لفلان بنت، ثم ولد له بنت فتزوجها لا يحنث، لأن الحامل على اليمين في الأهل والبنات فيشترط قيام الأهل والبنات وقت اليمين، فإذا لم يوجد لم تنعقد اليمين.

قال الصدر الشهيد في «واقعاته»: ما ذكر ههنا يوافق قول محمد أما لا يوافق [٤٠٣ب/ ١] قول محمد أبي حنيفة وأبي يوسف، فإن من حلف لا يُكلِّم امرأة فلان وليس له امرأة، ثم تزوج امرأة وكلمها لم يحنث عند محمد، وعندهما يحنث، والمسألة في «الجامع الصغير».

ولو قال: لا أتزوج من أهل الكوفة، فتزوج امرأة لم تكن ولدت يومئذ يحنث، أما على ما اختاره الصدر الشهيد، فظاهر و أما على ما هو المذكور في «النوازل» فلأن أهل الكوفة لا يحصون فلا يمكن حمل اليمين على معنى في الأهل، فيحمل على معنى في الكوفة، فيشترط قيام الأهل وقت الحنث.

وفي «القدوري»: إذا حلف لا يتزوج بنت فلان فولدت له بنت فتزوجها لم يحنث، ولو قال: بنتاً لفلان أو بنتاً من بناته حنث، ويلزمه اليمين في قول أبي حنيفة، وقال أسد بن عمرو[1]: لا يحنث، لأن اليمين تنصرف إلى ما هو موجود وقت اليمين، فإذا لم يكن موجوداً وقت اليمين لا تنعقد اليمين أصلاً.

قال محمد رحمه الله في «الزيادات»: إذا حلف الرجل لا يركب دواب فلان، لا يلبس ثياب فلان، لا يكلم عبيد فلان، فهذا على ثلاثة إن لم يفعل ذلك بثلاثة مما سمىٰ حنث، وإن كان لفلان دواب وثياب وعبيد أكثر من ثلاثة.

ولو حلف لا يكلم زوجات فلان، لا يكلم أصدقاء فلان، لا يكلم إخوة فلان لا

---

(١) هو أسد بن عمرو بن عامر بن عبد الله، أبو عمرو القاضي القشيري الحنفي، صاحب الإمام أبي حنيفة، توفي سنة ١٨٨ هـ (انظر: الفوائد البهية ص ٤٤، الجواهر المضية ١/ ٣٧٦).

يحنث في يمينه ما لم يكلم الكل مما سمى.

وفي «المنتقىٰ» عن أبي يوسف في الدواب والثياب إذا كان ذلك يحصى في اليمين على جميع ما في ملكه، وإن كان لا يحصى إلا بالكتاب حنث بالواحدة، وعنه في العبيد برواية المعلى إذا كان له من العبيد ما يجمعهم بتسليمة واحدة إذا اجتمعوا فإنه لا يحنث بكلامهم كلهم، وإن كانوا أكثر من ذلك فإذا كلم واحداً منهم يحنث في يمينه. قال الحاكم أبو الفضل: هذا خلاف ما في «الأصل».

وفي «المنتقى» عن محمد: إذا حلف لا يكلم عبيد فلان فهذا على ثلاثة، وإن قال: لا أكلم إخوة فلان فكلّم اثنين منهم يحنث، قال ثمة: كل شيء من هذا على الثلاثة إلا الإخوة والبنين والأعمام فإنها على الاثنين فهذا خلاف ما ذكرنا من «الزيادات».

وروى المعلى عن أبي يوسف: إذا حلف لا يلبس ثياب فلان، وكان لفلان من الثياب ما يلبسه الرجل بلبسة واحدة فلبس واحداً لا يحنث حتى يلبس كلها، وإن كان أكثر من ذلك فلبس واحداً منها يحنث في يمينه. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف إذا حلف لا يكلم عبيد فلان وله ثلاثة أعبد فيمينه على الكل لو كلّم واحداً لا يحنث، ولو قال: لا أركب دواب فلان، أو قال: لا ألبس ثيابه، فركب دابة واحدة أو لبس ثوباً واحداً يحنث في يمينه.

ثم قال: كل شيء سوى بني آدم فهو على حدة، وإذا كان يمينه على بني آدم فهو على نيته.

ولو قال: سرق فلان ثيابي وقد سرق ثوباً واحداً فهو بارّ.

وإذا أوصىٰ رجل بدواب من دوابه أو ثياب من ثيابه فهو على نيته، ويعطيه الورثة ما شاؤوا وهذا كله برواية ابن سماعة عن أبي يوسف.

وفي «المنتقى» رواية أبي سليمان عن أبي يوسف في قوله: دابة فلان مملوك فلان بنت فلان، دابة لك ثوباً لك بنتاً لك مملوكاً لك أن يمينه على ما كان في ملكه يوم اليمين وعلى ما يستعيده، وكذلك في قوله بنتاً من بناتك، أمة من إمائك، يمينه على ما كان، وعلى ما يحدث فإن عنى ما هو موجود يوم اليمين دون ما يحدث فهو على ما نوى فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يُدين في القضاء، وفي قوله: عبدك لا يقع يمينه على الحادث، إلا أن ينوي، لأن قوله: عبدك خاص، وقوله: عبدٌ من عبيدك نظير قوله عبدٌ لك يقع على القائم والحادث، لأنه عام قال أبو يوسف: وهو قول أبي حنيفة في قوله: عبدٌ لك على ما فسرت لك يعني لا يتناول الحادث، وقوله: عبد لك على ما فسّرت لك أيضاً يعني يتناول القائم والحادث، وقوله: عبد لك من عبيدك فلا يحضرني ذكره عن أبي حنيفة.

قال: ولو حلف لا يأكل طعامك، أو قال: من طعامك لا يدهن بدهنك، من دهنك، لا يشرب شرابك من شرابك، لا يأكل إدامك، من إدامك، لا يأكل خبزك من خبزك لا يأكل تمرك، من تمرك، فهذا كله باب واحد، يدخل تحت اليمين ما كان في ملكه وما يحدث، وهو غير الوجه الأول؛ لأن هذا يقع على الخاص والعام، فالواحد من

هذا طعامك والعام فيه طعامك، والثوب واحد وليس بجماعة وكذلك العبد وثوباً لك على الجماعة، وكذلك ثوباً من ثيابك على الجماعة، فإذا وقع اليمين على الجماعة يحنث إذا فعل ذلك في الحادث وفي القائم وقت الحلف. وإذا وقع على الخاص يحنث إذا فعل ذلك في القائم، ولا يحنث إذا فعل ذلك في الحادث، وقد أعاد أبو يوسف جنس هذه المسائل، وخالف هنا الذي مرّ في أحرف فجعل قوله: ثوبك بمنزلة قوله: ثوباً لك وجعل قوله: عبدك بمنزلة قوله: عبداً لك.

إذا حلف لا يأكل من طحنك، أو قال من خبزك فهذا على الماضي والمستقبل وكذلك قوله من شرابك، كان على الماضي والمستقبل، وقوله: ما خبر فلان، مما اشترىٰ فلان وأجناسه على الماضي والمستقبل، وإن نوى المستقبل لم يُدَيّن قضاءً وكذلك مما يشتري فلان على الماضي والمستقبل.

الفصل السابع عشر
فيما يفعله الرجل لغيره

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجل قال لغيره: إن بعت لك هذا الثوب فعبدي حر فدس المحلوف عليه ذلك الثوب في ثياب الحالف، فباعه الحالف ولم يعلم به لا يحنث في يمينه.

وكذلك إذا قال: إن بعت لك ثوباً فدس المحلوف عليه ثوباً من ثيابه في ثياب الحالف وباعه الحالف ولم يعلم به لا يحنث في يمينه.

ولو قال: إن بعت ثوباً لك أو قال: إن بعت هذا الثوب [٤٠٤أ/ ١] لك وباقي المسألة بحالها يحنث في يمينه، هكذا ذكر المسألة في «الجامع الصغير»، وذكر هذه المسألة في «الجامع الكبير» في صورة أخرى فقال:

إذا قال الرجل لغيره: إن بعت لك ثوباً فعبدي حر ولا نيّة له، فدفع المحلوف عليه ثوباً إلى رجل وأمره أن يدفعه إلى الحالف ليبيعه فجاء المتوسط بالثوب إلى الحالف، وقال: بع هذا الثوب لفلان يعني المحلوف عليه، أو قال: بع هذا الثوب ولم يقل: لفلان، إلا أن الحالف يعلم أنه رسول المحلوف عليه فباع، يحنث في يمينه. ولو قال المتوسط: بع هذا الثوب لي أو قال: بعه، ولم يعلم الحالف أنه رسول المحلوف عليه فباع، لا يحنث في يمينه.

يجب أن يعلم: أنّ من حلف على فعل في محل وذكر فيه حرف اللام، ينظر: إن ذكر اللام مقروناً بمحل الفعل لا بالفعل، فيمينه على فعل ما حلف عليه في ملك المحلوف عليه، حتى إذا فعل الحالف ذلك الفعل في ملك المحلوف عليه حنث، سواء فعل بأمره أو بغير أمره، وسواء كان ذلك الفعل مما جري فيه الوكالة أو لا تجري، وهذا لأن اللام في الأصل موضوع لإفادة الملك، ولهذا يسمىٰ التمليك، ولهذا يقال: هذه

الدار لفلان، هذا العبد لفلان، ومعناه: أنه ملك فلان فيجعل لتمليك، وإذا دخل عليه ما أمكن ولا يجعل لتمليك غير ما دخل عليه، مع إمكان جعله تمليك ما دخل عليه فإذا دخل اللام على محل الفعل ومحل الفعل مملوك للمحلوف عليه، أمكن جعل اللام لملك المحل فينعقد اليمين على فعل ما حلف عليه في ملك المحلوف عليه.

وإن ذكر اللام مقروناً بالفعل إن كان فعلاً تجري فيه الوكالة، وله حقوق يرجع الوكيل فيه بعهده ما لَحِقَهُ من الحقوق على الموكل كالبيع ونحوه، فيمينه على الوكالة والأمر، حتى إذا فعل ذلك الفعل في محله بأمر المحلوف عليه يحنث في يمينه، سواء كان محل الفعل ملك المحلوف عليه أو ملك غيره، وإن كان فعلاً لا تجري فيه الوكالة أصلاً كالأكل والشرب، أو تجري فيه الوكالة إلا أنه ليس له حقوق يرجع الوكيل بالحقوق على الموكل كالضرب ونحوه فيمينه على فعل ما حلف عليه في ملك المحلوف عليه، حتى لو فعل ذلك الفعل في ملك المحلوف عليه يحنث سواء فعل بأمرِهِ، أو بغير أمره.

ولو فعل ذلك الفعل في ملك غير المحلوف عليه لا يحنث في يمينه، وإن فعل ذلك الفعل بأمر المحلوف عليه وهذا لأن اللام، إذا قرن بفعل تجري فيه الوكالة وله حقوق يرجع الوكيل فيه بعهدة ما لحقه على الموكل، أمكن جعل اللام لتمليك ما دخل عليه وهو الفعل، لأن فعل الحالف في هذه الصورة ملك المحلوف عليه من حيث إن منفعة عمله جعله للحالف.

ألا ترى أن الحالف يرجع بالعهدة على المحلوف عليه، إذا كان الفعل بأمر المحلوف عليه والمأمور إنما يرجع بالعهدة على الآمر إذا كان منفعة عمله حاصلة للآمر، ألا ترىٰ أن منفعة عمل المودع إذا كانت حاصلة للمودع يرجع المودع بالعهدة على المودع، ومنفعة عمل المستعير إذا لم تكن حاصلة للمعير لا يرجع المستعير بالعهدة على المعير، وإذا أمكن أن تجعل اللام في هذه الصورة لتمليك ما دخل عليه وهو الفعل، لم تجعل لتمليك غيره وهو محل الفعل، أمّا إذا كان اللام مقروناً بفعل لا تجري فيه الوكالة، أو إن كان تجري ولكن ليس له حقوق يرجع المأمور بها على الآمر، لا يمكن أن تجعل اللام لتمليك ما دخل عليه وهو الفعل، لأن فعل الحالف في هذه الصورة لا يكون مملوكاً للمحلوف عليه لا حقيقة ولا اعتباراً. لأن منفعة هذا الفعل لا تكون واقعة للمحلوف عليه، فتجعل اللام لتمليك محل الفعل.

إذا عرفنا هذا جئنا إلى تخريج المسألة، فنقول: إذا قال: إن بعت لك هذا الثوب، إن بعتُ لك ثوباً، فحرف اللام دخل على فعل البيع، وإنه فعل تجري فيه الوكالة، وله حقوق يرجع المأمور بها على الآمر، فتنعقد يمينه: على بيع الثوب بأمر المحلوف عليه، فصار تقدير يمينه إن بعت ثوباً بوكالتك وبأمرك، فمتى قال له المتوسط: بع هذا الثوب لفلان فقد بيّن أنه رسول فلان، وعبارة الرسول كعبارة المرسل، فكأن المحلوف عليه قال للحالف: بع هذا الثوب لي، وكذلك إذا قال المتوسط: بع هذا الثوب ولم يقل لفلان، إلا أنّ الحالف علم بحال الثوب، لأنه لما علم بحال الثوب، فقد علم أن المتوسط

رسول المحلوف عليه والتقريب ما مر فأما إذا قال له المتوسط: بع هذا الثوب لي أو قال: بعه ولم يقل: لي، ولم يعلم الحالف بحال الثوب فالبيع ما وقع بأمر المحلوف عليه؛ لأن المتوسط ما بين أنه رسول، وكذلك الحالف لم يعلم أنه رسول، وإنما وقع بأمر المتوسط.

ألا ترى في هذه الصورة لو باع يرجع بالعهدة على المتوسط، وفي الصورة الأولى لو باع يرجع بالعهدة على المحلوف عليه لا على المتوسط، وأما إذا قال: إن بعت ثوباً لك فحرف اللام دخل على محل البيع، وهو الثوب فيقع يمينه على بيع ثوب مملوك للمحلوف عليه فصار تقدير يمينه: إن بعت ثوباً هو ملكك وقد باع ثوباً هو ملك المحلوف عليه على كل حال فتحقق شرط الحنث فيحنث فإن نوى في الفصل الأول أن يبيع ثوباً هو ملك المحلوف عليه، أو نوى في الفصل الثاني أن يبيع ثوباً بأمر المحلوف عليه، ففي الفصل الأول صحت نيته في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى، وفي الفصل الثاني تصح نيته فيما بينه وبين الله تعالى، ولا تصح نيته في القضاء.

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: وكذلك الجواب في كل فعل تجري فيه النيابة [٤٠٤ب/ ١] وله حقوق يرجع المأمور بها على الآمر، لجواز أن يقول: إن اشتريت لك جارية، إن خطت لك قميصاً، إن صغت لك حلياً، إن استأجرت لك على نحو ما ذكرنا في فصل البيع، لأن المعنى لا يوجب الفصل، وتأويل قوله في «الجامع»: إن خطت لك، إن صغت لك، إن خطت لك بكذا، إن صغت لك بكذا، لأن هذه الأفاعيل لا حقوق لها عند عدم ذكر الأجر، يلزم الفاعل ويرجع الفاعل بها على الآمر، لأن هذه الأفاعيل عن عدم ذكر الأجر إعانة، وليس للإعانة حقوق وعهدة تلزم المعين، ويرجع المعين بذلك على الآمر فيكون الجواب فيها كالجواب في مسألة الضرب على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى، إلا أن محمداً رحمه الله لم يذكر الأجر لمكان الاستغناء عنه عادة، لأنهم لا يفعلون هذه الأفاعيل عادة إلا بالأجر والثابت عادة، كالثابت بالشرط.

ولو قال: إن ضربت لك عبداً، إن ضربت عبداً لك، فالقياس أن يكون الجواب فيه نظير الجواب في مسألة البيع، لأن الضرب فعل تجري فيه الوكالة والنيابة كالبيع، فيكون الجواب فيه كالجواب في البيع استحساناً، وقلنا: إن يمينه على ضرب عبد مملوك على كل حال ضربه بأمره أو بغير أمره، لأن الضرب ليس له حقوق معتبرة تلزم الضارب، ثم يرجع الضارب بها على الآمر حتى يعتبر الحالف كالمملوك للمحلوف عليه متى فعل بأمره، فتعذّر اعتبار معنى التمليك في الضرب، فيعتبر التمليك في محل الضرب وصار شرط الحنث ضرب عبد مملوك له، فإذا ضرب عبداً مملوكاً له فقد تحقق شرط الحنث فيحنث في يمينه.

وكذلك إذا قال: إن أكلت لك طعاماً، إن شربت لك شراباً، إن دخلت لك داراً، فهذا كله وما أشبهه نظير مسألة الضرب، لأن هذه الأفاعيل لا تجري فيها الوكالة، وليس لها حقوق وعهده تلزم الحالف، ويرجع الفاعل بها على الآمر كالضرب، فصار الجواب فيها كالجواب في الضرب.

الفصل الثامن عشر
في الرجل يحلف لا يفعل الشيء فيأمر به غيره

إذا حلف الرجل لا يطلق امرأته، فأمر غيره حتى طلقها حنث في يمينه، وههنا أحد وعشرون مسألة، في ستة عشر منها يقع بالمباشرة والأمر جميعاً، وذلك النكاح والصلح عن دم العمد والطلاق والعتاق والهبة والصدقة والقرض والاستقراض والضرب في العبد والذبح والبناء والخياطة والإيداع والاستيداع والإعارة والاستعارة، لأن شيئاً من أحكام هذه العقود الشرعية لا يستقر على المأمور، بل ينتقل العقد بجميع الأحكام إلى الآمر، فيصير شرط الحنث موجوداً من الحالف من كل وجه، وفي الأفعال الحقيقية كالضرب وغيره، هذه الأفعال منقولة إلى الآمر في حق الحكم حتى لا يجب الضمان، فصار الشرط موجوداً من الآمر.

وأما الخمسة التي على المباشرة البيع والشراء والإجارة والاستئجار والصلح عن المال، حتى أن من حلف لا يبيع لا يشتري فأمر عبده بذلك، وكذلك في أجناسه لا يقع الحنث لأن هذه العقود مقصورة على الآمر من وجه في حق الحقوق، إلا أن يكون الحالف شريفاً لا يباشر هذه العقود بنفسه فحينئذ يحنث بالتفويض، لأن يمينه باعتبار عادته تنصرف إلى التفويض والأمر لا إلى حقيقة الشراء، وإن كان يباشر تارة ويفوض أخرىٰ اختلف المشايخ فيه قال بعضهم: تعتبر الغلبة، وقال بعضهم: يعتبر المشترىٰ، وإن كان حين حلف نوى التكلم بالطلاق بلسانه صدّق ديانة لا قضاء، وكذلك في أجناسه، لأنه نوى تخصيص فعل التطليق ففعل التطليق قد يكون بالمباشرة، وقد يكون بالأمر، ونيّة التخصيص صحيحة ديانة لا قضاء.

وإذا حلف الرجل أن لا يشتري عبداً وهو ينوي أن لا يأمر غيره بالشراء فأمر غيره، فاشترى له حنث، ولو اشتراه بنفسه لا يحنث، لأنه نوى تخصيص ما في لفظه، لأن شرط الحنث قبل النية شراء يوجد منه من وجه في حق الحقوق والملك جميعاً، وبالنية يصير الحنث شراء يوجد منه من وجه في حق الملك دون الحقوق، فكان تخصيصاً إلا أن مع كونه تخصيصاً يصدق في القضاء متى كان الحلف بالطلاق والعتاق وإن كان فيه تخصيصاً؛ لأنه حتّى الآن يحنث بشراء نفسه، والآن لا يحنث فيكون فيه نوع تخفيف لأن هذا التخفيف ساقط الاعتبار شرعاً؛ لأنه لا يحصل إلا بتغليظ مثله وهو الحنث بشراء غيره، وقبل النية لا يحنث بشراء غيره، فهذا تخفيف حصل بتغليظ فلا يكون تخفيفاً.

ثم في فصل الضرب فرّق بين ضرب العبد وبين ضرب الحر، فقال: إذا حلف لا يضرب عبده، فأمر غيره حتى ضربه يحنث في يمينه، وإذا حلف على حر لا يضربه فأمر غيره حتى ضربه لا يحنث لأنه يملك ضرب عبده فيصح أمره غيره بذلك، وانتقل فعل المأمور إلى الآمر، فكأن الآمر ضربه بنفسه، فأما هو لا يملك ضرب الحر فلا يصح بضرب الحر فلا ينتقل فعل المأمور إليه، حتى لو كان مالكاً ضرب الحر بأن كان سلطاناً

أو قاضياً يحنث في يمينه بالأمر بالضرب، لأنه يملك ضرب الأحرار حدّاً فيصح أمره بالضرب، وينتقل فعل المأمور إليه، وإن نوى أن يضربه بيده لم يحنث إذا أمر غيره، ويكون مديناً فيما بينه وبين الله وفي القضاء؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، وقد ذكرنا: فيمن حلف أن لا يطلق ونوىٰ الطلاق بلسانه، لا يصدق قضاءً، وكأن ما ذكر في فصل القضاء في مسألة الضرب رواية في فصل الطلاق، لأنه في الموضعين جميعاً نوى حقيقة كلامه فيصدق قضاء في الفصلين جميعاً.

ولو حلف لا يضرب ولده فأمر غيره حتى ضربه لم يحنث الأب، بخلاف مسألة العبد. والفرق أن معظم منفعة ضرب العبد تحصل للمولى وكان ضرب العبد واقعاً للمولى، فصار كضرب المولىٰ. فأما معظم منفعة ضرب الولد تحصل للولد، فلا يكون ضرب الولد واقعاً للأب، فلا يجعل ضرب المأمور كضرب الآمر.

فلو حلف على امرأته لا يضربها، فأمر غيره حتى ضربها، فقد قيل: إنها نظير العبد حتى يحنث في يمينه، وقيل: إنها نظير الولد فلا يحنث الحالف في يمينه.

الفصل التاسع عشر
في الأيمان التي يكون فيها الاستثناء

ذكر في «القدوري»: إذا قال الرجل: عبده حر إن دخل هذه الدار إلا أن ينسىٰ فدخلها [٤٠٥أ/ ١] ناسياً، ثم دخلها ذاكراً لا يحنث. ولو قال: إن دخل هذه الدار إلا ناسياً فكذا، ثم ذاكراً حنث. والفرق أن كلمة إلا أن كلمة غاية، وقد دخلت على ما يقبل التأقيت، وهو اليمين فيجعل ليمينه غاية.

إذا ثبت هذا فنقول: الحالف جعل ليمينه غاية وهو النسيان، فإن نسي فقد وجدت الغاية وانتهت اليمين، فلا يحنث بالدخول بعد ذلك وإن دخلها. أما كلمة إلا ليست كلمة غاية، بل هي كلمة استثناء فقد حرّم الدخول على نفسه باليمين واستثنىٰ دخولاً موصوفاً بصفة النسيان، وكل دخول يكون بهذه الصفة لا يكون داخلاً في اليمين، وما لا يكون بهذه الصفة يكون داخلاً في اليمين.

ذكر في أيمان «الأصل» في باب من الأيمان إذا قال: والله لا أفعل كذا! إلا أن لا أستطيع وجعله على ثلاثة أوجه إن عنى به عدم استطاعته يكون بسبب القضاء والقدر ما كان في قضاء الله تعالى وقدره، بخلاف ما حلف عليه، وفي هذا الوجه نيّته صحيحة، وإذا فعل ذلك الفعل لا تلزمه الكفارة؛ لأن تقدير يمينه: والله لا أفعل كذا إلا أن يكون قضىٰ الله به، فإذا فعل تبين أن الله تعالى قد قضى به، ولو كانت اليمين بالطلاق والعتاق فالقاضي لا يصدقه.

وإن عنى به عدم استطاعة تكون بسبب عارض أمر يحدث فيه. فإنه تصح نيته ويصير تقدير يمينه كأنه قال: والله لا أفعل كذا إلا عند إكراه السلطان أو ما أشبهه، فإن فعل قبل

أن يعرض ذلك له حنث، وإن فعل بعدما عرض له ذلك لا يحنث، وإن لم يكن بنيّة في الاستطاعة، فهو على أمر يحدث ولا يكون على القضاء والقدر.

وفي «الجامع الصغير»: إذا قال لغيره: إن لم آتك غداً إن استطعت فكذا، فهذا على ثلاثة أوجه أيضاً: إن نوى به الاستطاعة بانعدام الموانع من مرض أو سلطان يمنعه أو حابس يحبسه، وفي هذا الوجه إن مضى الغد ولم يأته ولم يعترض مانع من هذه الأشياء حنث في يمينه؛ لأن الاستطاعة تذكر ويراد به سلامة الآلات والأسباب، ويصير تقدير يمينه: إن لم آتك من غير اعتراض هذه العوارض، وإن نوى استطاعة القضاء فهو مصدَّق فيما بينه وبين ربه، ومعناها القدرة الحقيقية التي يحدثها الله تعالى للعبد حالة الفعل، لا يتقدم الفعل عليه ولا يتأخر عنه، فإذا نوى ذلك ولم يأته لا يحنث في يمينه، ويكون ذلك بمنزلة الاستثناء، وإنما لا يحنث لأن هذه الاستطاعة لو وجدت لوجد الفعل معها، وهل يصدق في القضاء؟ فيه روايتان، وإن لم يكن نيّة فهو على الاستطاعة بانعدام الموانع من مرض وما أشبهه، فإذا لم يأته، ولم تعترض هذه الموانع حنث في يمينه.

وفي «المنتقىٰ»: إذا قال الرجل لأجنبية: كل امرأة أتزوجها غيرك إلاأن تزوجيني نفسك فهي طالق، ثم إن هذه المرأة أبت أن تزوج نفسها من هذا الرجل الحالف، فتزوج الرجل بامرأة، ثم إن المحلوف لأجلها زوجت نفسها منه، قال: إذا تزوج هذه طلقت كل امرأة تزوجها بعد اليمين.

وفي «الجامع» إذا قال: والله لا أكلم أحداً أبداً إلا فلاناً أو فلاناً، فكلّم أحدهما أو كلمهما لا يحنث، يجب أن يعلم بأن كلمة أو إذا دخلت بين الاسمين في الإباحة كانت بمنزلة الواو ويكون لها عموم، قال الله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ ءَابَآئِهِنَّ﴾، [النور: ٣١] وكان معنى الآية وأبائهن حتى جاز إبداء الزينة لأب البعل كما يجوز للبعل وقد دخلت كلمة أو على الآية في الإباحة، لأنها دخلت في الاستثناء من التحريم إباحة فأوجبت العموم. ويقول الرجل لغيره: كُلْ من هذا السمن أو من هذا العسل فكان أو بمعنى الواو، حتى جاز الأكل منهما لما دخل في الإباحة.

إذا ثبت هذا فنقول: كلمة أو في مسألتنا دخلت على الإباحة، لأنها دخلت على الاستثناء من التحريم الثابت بموجب اليمين فكان بمعنى الواو، وصار تقدير يمينه: لا أكلم أحداً أبداً إلا فلاناً وفلاناً. ولو نصّ على ذلك ثم كلّم أحدهما أو كلمهما لا يحنث في يمينه، لأن المستثنى خارج عن يمينه، كذا ههنا.

وكذلك لو قال: والله لا أكلم أحداً إلا رجلاً بصريّاً أو كوفياً، فكلّم رجلاً كوفياً أو رجلاً بصريّاً أو كلّم رجلاً كوفياً ورجلاً بصرياً لا يحنث في يمينه، لما قلنا. وكذلك لو كلّم جميع رجال الكوفة، أو جميع رجال البصرة، أو جميع رجال الكوفة وجميع رجال البصرة، لا يحنث في يمينه.

والحاصل أنه يدخل في الاستثناء جميع رجال الكوفة وجميع رجال البصرة وإن ذكر الرجل منكّراً في موضع الإثبات، والنكرة في موضع الإثبات تخص، إلا أن النكرة في

موضع الإثبات متى وصفت بصفة عامة ولم تقرن بالواحدة تَعُم، والنكرة ههنا وصفت بصفة عامة، فإن كونه كوفياً أو بصرياًصفة عامة، فدخل تحت الاستثناء جميع رجال الكوفة وجميع رجال البصرة.

وكذلك إذا حلف لا يأكل طعاماً إلا خبزاً أو لحماً خرج الخبز واللحم عن اليمين لما قلنا. وكذلك لو قال لأربع نسوة له: والله لا أقرب امرأة من نسائي إلا فلانة وفلانة، لم يك مولياً من فلانة وفلانة، وكان مُولياً من الباقيتين . . . . .[1] لصدر الكلام.

وكذلك لو قال: لا أكلّم أحداً من عبيد فلان إلا فلاناً أو فلاناً أو فلاناً فكلّم اللذين استثناهما لا يحنث في يمينه، والمعنى ما ذكرنا. ولو قال: لا أتزوج أبداً إلا امرأة كوفية فله أن يتزوج أربع كوفيات، لأن النكرة من اسم الجنس إذا وصفت بصفة عامة عمَّتْ، وإذا عمت خرج جميع نساء الكوفة من اليمين.

ولو قال: لا أركب دابة إلا بغلاً، فله أن يركب من البغال ما شاء، لأن البغل اسم جنس، فيخرج هذا الجنس من اليمين بحكم الاستثناء. ولو قال: والله لا أكلّم أحداً من الناس إلا أحد هذين الرجلين، فالمستثنىٰ أحدهما فإن كلم أحدهما لا يحنث، وإن كلمهما يحنث، وكذلك إذا قال: لا أكلم أحداً من الناس إلا واحداً من هذين الرجلين، لأن الواحد والأحد يستويان في الإثبات من حيث إن كل واحد منهما يُخَصُّ في الإثبات إنما يفترقان في النفي فإن الواحد في النفي يعم والأحد يخص، والواحد ههنا رجل في الإثبات، فإن الاستثناء من النفي إثبات، وما وصفه بصفة عامة.

ولو قال: لا أكلم أحداً أبداً [٤٠٥أ/١] إلا أحد رجلين كوفي أو بصري، وكلم أحدهما أو كلمهما جميعاً لا يحنث في يمينه، وكان ينبغي أن يحنث إذا كلمهما، وإن ذكر النكرة في الاستثناء موصوفة بصفة عامة، إلا أنها وصفت بالوحدة،ومثل هذه النكرة لا تعم. قلنا: ذكر الوحدة في الاستثناء لغو، ووجوده وعدمه بمنزلة، بيانه لو اقتصر على قوله: إلا أحد رجلين، ولم يقل كوفي أو بصري، كان المستثنى مجهولاً، لأنه لا يدرى أن المستثنىٰ أي رجلين، وإنما صار مفسراً بقوله: كوفي أو بصري، والأصل أن من تكلم بكلام مجمل وأعقبه بتفسير كان الحكم للتفسير، ويلغو ذكر المجمل، فيلغو ذكر أحد الرجلين وصار تقدير يمينه: لا أكلم أحداً أبداً إلا كوفياً أو بصرياً، وهناك دخل الكوفي والبصري تحت اليمين، فههنا كذلك بخلاف قوله: إلا أحد هذين الرجلين؛ لأنه مفسّر في نفسه فيكون الحكم له.

إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إلا أن يقدم فلان لم تطلق حتى ينظر أيقدم فلان أو لا يقدم، فإن قدم لاتطلق، وإن مات قبل أن يقدم تطلق. الأصل أن كلمة إلا أن كلمة غاية، ومرّ هذا في كتاب الطلاق فيجب حملها على الغاية ما أمكن، وإنما يثبت الإمكان بدخولها على ما يقبل التأقيت، فأما إذا دخلت على ما لا يقبل التأقيت لا يمكن جعلها

---

(١) بياض بالأصل.

غاية، لأن ما لا يقبل التأقيت لا يكون له غاية، لأن ضرب الغاية توقيت فحينئذ يجعل مجازاً عن غيره على حسب ما يليق به.

إذا ثبت هذا فنقول: في مسألتنا هذه الكلمة دخلت على ما لا يقبل التأقيت وهو الطلاق؛ إذ الواقع في وقت واقع في الأوقات كلها، فيجعل مجازاً عن الشرط المقارن بين الشرط وبين الغاية في المعنى الخاص من حيث إن المضروب له الغاية لا يبقى بعد وجود الغاية، والمعلّق بالشرط أيضاً لا يبقى بعد وجود الشرط، وإذا حمل على الشرط صار تقدير المسألة: أنت طالق لأن يقدم فلان.

قال مشايخنا: والجواب في قوله حتى يقدم فلان نظير الجواب في قوله: إلا أن يقدم فلان، وإن لم يذكر محمد رحمه الله حتى هاهنا، لأن إلا أن للغاية وحتى للغاية أيضاً.

ولو قال لامرأته: أنت طالق إن كلمت فلاناً إلا أن يقدم فلان، قال ذلك لإنسان آخر، فكلّم الأول قبل أن يقدم فلان طلقت امرأته، قدم فلان بعد ذلك أو لم يقدم. ولو قدم فلان ثم كلّم الأول لم تطلق امرأته، لأن قوله: أنت طالق إن كلمت فلاناً يمين تامة، وقد أدخل عليها كلمة إلا أن، واليمين قابلة للتأقيت فيمكن جعل كلمة إلا أن غاية، فقد جعل غاية يمينه قدوم فلان، فإذا كلّم الأول قبل قدوم فلان فقد وجد شرط الحنث واليمين باقية، وإذا قدم فلان أوّلاً انتهت اليمين، فإذا كلّم الأول بعد ذلك فقد وجد الشرط واليمين منتهية، والجواب في قوله: أنت طالق إلا أن أدخل الدار نظير الجواب في قوله: أنت طالق إلا أن يقدم فلان.

ولو قال لها: أنت طالق ثلاثاً إلا أن يرى فلان غير ذلك إن كان فلان حاضراً، وسمع مقالة الحالف وقام عن المجلس قبل أن يرى غير ذلك، فالمرأة طالق. وإن كان غائباً فله مجلس العلم، لأن كلمة إلا أن دخل على ما لا يقبل التأقيت وهو الإيقاع، فإن قوله: أنت طالق ثلاثاً إيقاع، فيجعل كناية ومجازاً عن الشرط وهو قوله: إن لم ير فلان غير ذلك ما دام قام عن المجلس قبل رؤيته غير ذلك فقد تحقق الشرط، وهو عدم الرؤية غير ذلك.

قال محمد رحمه الله في «الكتاب» عقيب هذه المسألة وذلك بلسانه دون قلبه يريد أن شرط البر والحنث في هذه المسألة يعتبر باللسان دون القلب، حتى لو قال في المجلس رأيت غير ذلك صواباً لا يقع الطلاق، وإن لم ير ذلك بقلبه، ولو رأى ذلك بقلبه ولم يقل بلسانه شيئاً حتى قام عن المجلس لا يقع، لأن ما كان من أعمال فالحكم المعلق به معلق بالإخبار عنه كما لو قال لامرأته: إن كنت تحبين الدار فأنت طالق، فقالت: أنا أحب.

ولو قال لها: أنت طالق إلا أن أرى غير ذلك فهذا لا يقتصر على المجلس، حتى لو قال بعد القيام عن المجلس: رأيت غير ذلك لا يقع الطلاق، وكذلك إذا قال إلا أن أشاء أنا غير ذلك. بخلاف ما إذا قال: إلا أن يرى فلان غير ذلك، إلا أن يشاء فلان غير

ذلك، فإن ذلك يقتصر على المجلس، كما في سائر الشروط تركنا القياس في الأجنبي، لأن ذلك تعليل معنى؛ لأنه صفة من صفات قلبه فيكون تمليكاً وتفويضاً كما لو حصل التعليق بالرؤية، وجواب التمليك يقتصر على المجلس بهذا الطريق كان للمخبر بالمجلس، وهذا المعنى لا يتأتى في حق الزوج، لأن الزوج كان مالكاً للطلاق قبل هذا، فلا يكون هذا تمليكاً منه، فيفارق هذا سائر الشروط والأفعال في حق الزوج والقدم، وسائر الشروط والأفعال لا تتحقق إلا بانقضاء عمره، كذا ههنا.

فإن ماتت المرأة في هذه قبل أن يقول الزوج: رأيت غير ذلك لا يقع عليها من الثلاث شيء لأن بموت المرأة لا يقع اليأس عن البر ما دام الزوج حيّاً، لأنه يمكن للزوج أن يقول: رأيت غير ذلك، بخلاف ما إذا مات الزوج قبل أن يقول: رأيت غير ذلك، لأن بموت الزوج يقع اليأس عن البر، لأن رؤيته غير ذلك بعد موته لا تتصور، وهذا هو الطريق فيما إذا قال لها: إن لم آت البصرة فأنت طالق، فماتت المرأة قبل الإتيان لا يقع الطلاق، ولو مات الزوج يقع.

قال في «الجامع»: إذا قال الرجل: عبده حر إن كان في هذا البيت إلا رجل وما وراءه فإذا في البيت رجل لا يحنث في يمينه، ولو كان مع الرجل صبي أو امرأة حنث في يمينه، لأن كينونة ما وراء الرجل داخل تحت اليمين لكونه مستثنى منه، والصبي والمرأة وراء الرجل، فكان داخلاً تحت اليمين.

يجب أن يعلم بأن المستثنى من اليمين خارج عن اليمين والمستثنى منه داخل في اليمين، وحذف المستثنى منه في موضع النفي جائز، وفي موضع الإثبات لا يجوز [١/٤٠٦أ] ألا ترى أنه يستقيم أن يقال: ما جاءني إلا زيد، ولا يستقيم أن يقال: جاءني إلا زيد، فالمستثنى منه إذا كان محذوفاً من كل وجه بأن لم يكن مذكوراً لا نصاً ولا عرفاً يعتبر هو من جنس المستثنى اسماً ومعنى، لأن حقيقة الاستثناء بكون المستثنى منه من جنس المستثنى اسماً ومعنى، لإنه لاخراج البعض مما تناوله اللفظ من حيث الظاهر، ولبيان أن المستثنى لم يدخل تحت المستثنى منه من حيث الحقيقة، وإنما يتحقق الإخراج، وبيان أن المستثنى لم يدخل تحت المستثنى منه إذا كان اللفظ يتناول المستثنى والمستثنى منه، واللفظ الواحد لا يتناول الجنسين المختلفين، فعلم أن حقيقة الاستثناء أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه اسماً ومعنى، فمتى كان المستثنى منه محذوفاً من كل وجه وقد مسّت الحاجة إلى معرفة المستثنى منه جعلنا المستثنى منه من جنس المستثنى حتى يكون استثناء حقيقة، لأن الكلام بحقيقته حتى يقوم الدليل على المجاز.

وعن هذا قلنا: إن من قال لفلان علي ألفاً إلا درهماً كان هذا إقراراً بتسعمائة وتسعة وتسعين درهماً، وجعل المستثنى منه دراهم لما كان المستثنى درهماً. فأما إذا كان المستثنى منه مذكوراً أو صريحاً أو عرفاً فقد حصل معرفته بالصريح وبالعرف الذي هو قائم مقام الصريح، فلا يحتاج إلى أن يجعل المستثنى منه من جنس المستثنى.

إذا ثبت هذا جئنا إلى تخريج مسألتنا:

فنقول: إذا كان في الدار رجلاً لا يحنث، لأن كينونة الرجل الواحد في الدار مستثنى عن اليمين، وإذا كان معه صبي أو امرأة له يحنث في يمينه، وكان ينبغي أن لا يحنث، لأن المستثنى منه محذوف يجب أن يجعل من جنس المستثنى والمستثنى رجل، يجب أن يكون المستثنى منه الرجال. والجواب أمّا إذا كان مع الرجل صبي فتخريجه من وجهين:

أحدهما: أن الصبي رجل، ألا ترى أنه لو حلف لا يكلم رجلاً فكلم صبياً يحنث.

والثاني: أن المستثنى منه ليس بمحذوف من كل وجه لأنه مذكور عرفاً وهو بنو آدم فإن في العرف يراد بمثل هذا الكلام في موضع النفي نفي بني آدم بالكليّة، لا نفي الرجال خاصة، فإن من قال: ليس في الدار إلا رجل، وفي الدار رجل ومعه صبي أو امرأة يعد كاذباً في العرف، وكذا من قال: ما رأيت اليوم إلا رجلاً، وقد رأى رجلاً وامرأة أو صبياً يعد كاذباً، فصار بنو آدم في مسألتنا مذكوراً عرفاً، فصار تقدير هذه اليمين: إن كان في هذه الدار من بني آدم إلا رجل، ولو قال هكذا وباقي المسألة بحالها أليس إنه يحنث كذا ههنا.

وإن قال: عنيت به الرجال دُيّن فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء، لأن ما نوى خلاف العرف وخلاف الظاهر فالقاضي لا يقف على الظاهر المتعارف.

وإن كان مع الرجل في الدار دابَّة أو متاع لا يحنث في يمينه، لأن المستثنى منه بحكم العرف بنو آدم، ألا ترى أن الرجل إذا قال: ما رأيت اليوم إلا رجلاً وقد كان رأى رجلاً راكباً على فرسه وعليه ثياب وأسلحة لا يعد كاذباً، وإذا كان المستثنى منه بنو آدم صار كأنه نص عليه، وقال: إن كان في هذه الدار من بني آدم إلا رجل، وهناك لا يدخل غير بني آدم تحت اليمين فههنا كذلك.

قال في «الكتاب»: إلا أن يعني ذلك فيكون على ما عنى، يريد بهذا إذا عنى أن يكون شيئاً كان على ما عنى حتى إن في مسألتنا يحنث إذا كان مع الرجل دابة أو متاع، ويصير تقدير يمينه إن كان في هذه الدار شيء إلا رجل.

ولو قال: إن كان في هذه الدار إلا شاة فكذا فإذا في الدار سوى الشاة رجل أو حيوان آخر يحنث في يمينه، وإن كان في الدار سوى الشاة متاع لا يحنث في يمينه، لأن المستثنى منه بحكم العرف ههنا الحيوان فإنه إذا قيل ليس في الدار إلا شاة يراد به خلوّ الدار عن جميع الحيوانات سوى الشاة إذا كان المستثنى منه الحيوان بحكم العرف صار كأنه صرّح به، وقال إن كان في هذه الدار حيوان سوى الشاة هكذا، وهناك في الدار سوى الشاة متاع لا يحنث، ولو كان سوى الشاة رجل يحنث، كذا ههنا.

ولو قال: إن كان في هذه الدار إلا ثوب فكذا، فإذا في الدار ثوب ومعه إنسان أو متاع يحنث في يمينه، ولم يجعل المستثنى منه من جنس المستثنى لأن المستثنى منه مذكور عرفاً، فإنه يراد بمثل هذا الكلام خلو الدار عن الأشياء كلها إلا عن الثوب عرفاً، ولا يحنث إذا كان في البيت شيء من سكان الدار، لأنه غير مراد عرفاً فلا يكون داخلاً تحت اليمين.

ولو قال: عبدي حر إن كنت أملك إلا خمسين درهماً فإذا هو لا يملك إلا عشرة دراهم لا يحنث في يمينه، لأنه لو كان يملك خمسين درهماً لا يحنث في يمينه، فإذا كان يملك عشرة دراهم وإنها بعض الخمسين أولى ولو ملك خمسين درهماً لأن يحنث في يمينه، فإذا كان يملك عشرة دراهم، وإنا بعض الخمسين وعشرة دنانير أو إبلاً سائمة أو متاعاً للتجارة يحنث في يمينه، لأن المستثنى منه ههنا مذكور عرفاً، فإنه إذا قيل: فلان لا يملك إلا خمسين درهماً يراد به أنه لا يملك من المال إلا خمسين درهماً لا أنه لا يملك من الدراهم إلا خمسين درهماً، ويملك ما عدا ذلك من الأموال، فصار المستثنى منه المال بحكم العرف، فيعتبر بما إذا كان مستثنى منه شرطاً ولو كان المستثنى منه شرطاً كان المراد منه مال الزكاة لأن مطلق [٤٠٦ب/ ١] اسم المال ينصرف إلى مال الزكاة، كذا ههنا.

وفي «القدوري» عن أبي يوسف إذا قال: والله لا أشتري بهذه الدار غير لحم فاشترى بنصفه خبزاً لم يحنث في القياس؛ لأن شرط الحنث أن يشتري بجميعه غير اللحم ولم يشتر بجميعه غير اللحم، وفي الاستحسان يحنث، لأن المراد من هذا اللفظ أن يشتري بجميعه اللحم، فإذا اشترى ببعضه غير اللحم يحنث.

وعنه أيضاً إذا قال: والله لا أشتري بهذا الدرهم إلا ثلاثة أرطال لحم فاشترى ببعضه لحماً أقل من ثلاثة أرطال وببعضه غير لحم يحنث، قال صاحب «الإيضاح»: وهذا يخرج على وجه الاستحسان لأن مقصوده من اليمين أن يحصل له ثلاثة أرطال لحم ولم يحصل.

ولو قال: والله لا أشتري بهذه الدرهم إلا لحماً فاشترى ببعضه لحماً وببعضه غير لحم لم يحنث. قال: صاحب «الإيضاح»: وهذا يخرج على وجه القياس لأنه لا فرق بين إلا وغير. وفي «المنتقىٰ»: أشار إلى الفرق بين قوله إلا ثلثة من لحم، فقال في قوله: إلا لحماً: هذا إنما حلف على درهم فلا يحنث حتى يشتري بالدرهم كله غير اللحم، وفي قوله ثلاثة أرطال لحم سمى عدداً ووزناً فإذا نقص من ذلك يحنث.

وفي آخر أيمان «القدوري»: إذا حلف لا يكلم فلاناً وفلاناً هذه السنة إلا يوماً فإن جمع كلامهما في يوم لم يحنث، لأنه استثنىٰ يوماً منكراً، فإذا جمع كلامهما في يوم صار ذلك اليوم خارجاً عن اليمين، ولو كلم أحدهما في يوم والآخر في يوم لا يحنث، لأن المستثنىٰ يوم يجمع كلامه إياهما فيه ولم يوجد الاجتماع في يوم فثمة الشرط في غير المستثنىٰ فيحنث، ولو كلم أحدهما ثم كلم الآخر في يوم لم يحنث، لأن اليوم الذي كلمهما مستثنى عن اليمين وفي غير ذلك اليوم الموجود بعض الشرط ولا يثبت به الحنث، ولو استثنى يوماً وكلم أحدهما فيه والآخر من الغد لم يحنث، ولو حلف لا يكلمهما شهراً إلا يوماً، فإن نوى يوماً بعينه فهو على ما نوىٰ، وإن لم تكن له نية فهو على أي شيء.

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: إذا قال الرجل لعبدين له إن ضربتكما إلا يوماً

واحداً فامرأتي طالق ثلاثاً فله أن يضربهما في يوم واحد أي يوم يشاء ولا يحنث في يمينه، واعلم بأن معنى قوله: إلا يوماً واحداً إلا يوماً واحداً أضربكما فيه لأن قوله إلا يوماً، استثناء عن صدر الكلام، والمذكور في صدر الكلام الفعل وهو الضرب، والمذكور في الاستثناء اليوم، واليوم محل الفعل ومحل الفعل لا يستثنى من الفعل فاستدعى قوله إلا يوماً فعلاً وهو مختلف في نفسه فعينا الضرب بدلالة صدر الكلام، فصار كلامه إلا يوماً إلا يوماً واحداً أضربكما فيه من هذا الوجه. ولو قال هكذا كان له أن يضربهما يوماً واحداً أي يوم شاء، وإنما يوجد اليوم المستثنى لأن اليمين ذكر منك في محل الإثبات أكثر ما فيه أنه وصف ذلك المنكر بصفة عامة وهو الضرب بقوله: أضربكما فيه وإنه يدل على العموم إلا أنه نص على الواحد وإنه يدل على الخصوص، ولا شك أن اعتبار المنصوص عليه أولى.

وكذلك الجواب في قوله: إن ضربتكما إلا في يوم واحد، أو قال: إن ضربتكما إلا يوماً واحداً أضربكما فيه، أو قال: إلا في يوم واحد أضربكما فيه كان المستثنى يوماً واحداً يضربهما فيه، أي يوم شاء، هذا إذا نص على الواحد، وأما إذا لم ينص على الواحد إن ذكر الضرب في اليوم المستثنى نصّاً بأن قال إن ضربتكما إلا يوماً أو قال إلا في يوم كان المستثنى يوماً واحداً يضربهما فيه، وهذا مشكل لأن معنى قوله إلا يوماً إلا في يوم لا يوماً أضربكما فيه، إلا في يوم أضربكما فيه على ما مرّ فكأنه صرح بذلك، وهناك المستثنى كل يوم يضربهما فيه، لأنه وصف ذلك اليوم بصفة والنكرة متى وصفت بصفة عامة ولم توصف بالوحدة تعم.

والجواب: النكرة الموصوفة بصفة عامة، إنما تعم إذاكانت الصفة منطوقاً بها فأما إذا لم تكن الصفة منطوقاً بها فلا، وهذا لأن صيفة النكرة صيغة فرد والفرد لا يتعمم، وإنما عرفنا العموم بالاستعمال، والاستعمال في صفة عامة منطوق بها، أما في صفة عامة غير منطوق بها لا استعمال، فنعمل فيها بقضية الصيغة.

ثم في الصورة التي المستثنى يوم واحد لو ضربهما في يومين بأن ضرب أحدهما يوم الخميس والآخر يوم الجمعة، ومعنى يوم الجمعة لم يضرب فيه العبد الذي ضربه يوم الخميس حنث في يمينه، لأن المستثنى ضربهما في يوم واحد، أما ضربهما في يومين متفرقين ليس بمستثنى فيكون داخلاً في اليمين. وإن ضرب الغلام الذي ضربه يوم الجمعة أيضاً لا يحنث في يمينه لأن ضربهما في يوم الجمعة مستثنى وبضرب أحدهما يوم الخميس لا يقع الحنث، لأنه نصف الشرط.

فإن ضربهما بعد ذلك يوم السبت أو ضرب أحدهما يوم السبت وضرب الآخر يوم الأحد يحنث في يمينه، لأن بضربهما يوم الجمعة معنى الاستثناء، وهو يوم ضربهما فيه، وبقي اليمين بلا استثناء فإذا ضربهما بعد ذلك في يوم واحد أو في يومين فقد وجد الضرب في غير يوم الاستثناء، وكذلك من الابتداء لو ضربهما يوم الخميس ثم ضربهما يوم الجمعة، أو ضرب أحدهما يوم الجمعة وضرب الآخر يوم السبت حنث في يمينه لما

قلنا، وفي كل موضع كان المستثنى كل يوم أضربهما فيه لو ضربهما يوم الخميس ثم ضربهما يوم الجمعة ثم ضربهما يوم السبت لا يحنث في يمينه، لأن كل يوم يضربهما فيه فهو مستثنى عن اليمين، فإن ضربهما يوم الخميس ثم ضرب أحدهما يوم الجمعة وضرب الآخر يوم السبت يحنث، لأنه ضربهما في يومين متفرقين غير مستثنى عن اليمين فيقع به الحنث.

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: إذا قال الرجل عبده حر إن أكل اليوم إلا رغيفاً فأكل مع الرغيف إداماً لا يحنث في يمينه، لأن الإدام تبع للرغيف والمستثنى خارج عن اليمين، فما يكون تبعاً للمستثنى يكون خارجاً عن اليمين بطريق التبعية، وهذا أصل كبير لنا في الشرع أن الحكم في التبع يثبت بثبوته في الأصل.

ثم اختلفوا في تفسير الإدام، وذكر القدوري في «شرحه»: أن الإدام عند أبي حنيفة ما يصطبغ به الخبز كالمرق والخل [٤٠٧/أ/١] والزيت وما لا يصطبغ به الخبز كاللحم والجبن فليس بإدام، وهو قول أبي يوسف في رواية «الأصل»، وروي عن أبي يوسف وهو قول محمد: أن ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو إدام سواء كان يصطبغ به الخبز أو لا لا يحنث بالإجماع، وإذا أكل ما لا يصطبغ به الخبز، ولكن يؤكل مع الخبز غالباً نحو اللحم والجبن والبيض وأشباه ذلك يحنث عند أبي حنيفة وعلى قول محمد لا يحنث، وكذلك على هذا إذا حلف لا يأتدم فأكل مع الخبز ما يصطبغ به الخبز يحنث بالإجماع ولو أكل مالا يصطبغ به الخبز ولكن يؤكل غالباً مع الخبز فالمسألة على الخلاف الذي ذكرنا.

ولو قال: إن أكلت اليوم إلا رغيفاً وأكل فاكهة أو تمراً يحنث في يمينه، وكان ينبغي أن لا يحنث في يمينه لأن المستثنى منه محذوف، والمستثنى منه إذا كان محذوفاً يجعل من جنس المستثنى والمستثنى هو الرغيف فيجعل المستثنى من جنسه وهو الخبز، وصار تقدير يمينه إن أكلت اليوم من الخبز إلا رغيفاً فكذا، وهناك لا يحنث بأكل هذه الأشياء فههنا يجب أن يجعل كذلك، والجواب أن المستثنى منه ههنا مستقل بنفسه بدون المستثنى فإنه لو قال: إن أكلت اليوم فعبدي حر يكون هذا الكلام مستقيماً صحيحاً في نفسه وإذا كان المستثنى منه مستقلاً بنفسه بدون المستثنى لا ضرورة بنا إلى أن نبني المستثنى منه على المستثنى فلا يجعل المستثنى منه من جنس المستثنى؛ وهذا إذا لم يكن له نيّة.

فأما إذا نوى الخبز خاصة دُين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء، فإن كان قبل ذلك كلام يستدل به على يمينه، فإن قيل له: أنت تأكل اليوم رغيفين، فقال: عبده حر إن أكل إلا رغيفاً فهو على الرغيف خاصة حتى لو أكل الرغيف وأكل بعده تمراً لا يحنث وتقيد يمينه بالأرغفة؛ لأن كلامه خرج جواباً، والجواب يتضمن إعادة ما في السؤال فكأنه قال: إن أكلت اليوم الأرغفة إلا رغيفاً، ولو صرح بذلك لا يكون أكل ما سوى الأرغفة داخلاً تحت اليمين كذلك هنا.

ولو قال: إن أكلت اليوم أكثر من رغيف فعبدي حر، فهذا على الخبز حتى لو أكل

بعد الرغيف تمراً أو فاكهة لا يحنث، لأن شرط الحنث الأكل أكثر من الرغيف، وإنما يصير آكلاً أكثر من الرغيف إذا كانت الزيادة على الرغيف من جنسه؛ لأن الشيء إنما يتكثر بجنسه لا بخلاف جنسه، وصار تقدير يمينه إن أكلت اليوم من جنس الرغيف أكثر من رغيف فعبدي حر، ولو قال هكذا كان يمينه على الخبز خاصة فهٰهنا كذلك، والذي ذكرنا في قوله إلا رغيفاً فكذا في قوله غير رغيف وسوى رغيف، لأن هذه الألفاظ جملة ألفاظ الاستثناء.

وفي أيمان «القدوري»: إذا قال إن كانت هذه الحملة حنطة فامرأته كذا فإذا هي حنطة وتمر لم يحنث، ولو قال إن كانت هذه الحملة إلا حنطة فكانت حنطة وتمراً حنث، وإن كان الكل حنطة لم يحنث في قول أبي يوسف، وقال محمد لا يحنث في الفصلين، فأبو يوسف يقول استثنى من الحملة واحدة وهي أن تكون حنطة، فإذا كان البعض حنطة والبعض تمراً فهذه ليست بحنطة، ومحمد رحمه الله يقول: المستثنى ليس بداخل تحت اليمين وإنما الداخل تحته هو المستثنى منه فيعتبر وجوده لا وجود المستثنى، فنقول: شرط الحنث أن تكون الحملة غير حنطة وهذه الحملة ليست غير الحنطة.

وهذا كما حكينا من مسألة «الجامع»؛ إذا قال: إن كانت لي إلا عشرة دراهم وله أقل من عشرة لا يحنث؛ لأن العشرة مستثنى عن اليمين، وكذلك إذا قال: إن كان هذه الجملة سوى حنطة أو غير حنطة لأن هذه الألفاظ للاستثناء، وكذلك إذا قال: إن كانت الدراهم التي قضيتك غير جياد وكان فيها جياد وغير جياد فهو على الخلاف ولو حلف لا يتزوج إلا على درهم فتزوج به، فأكمل القاضي لها عشرة أو رادها هو بعد ذلك لا يحنث.

الفصل العشرون
في الأوقات

إذا حلف ليقضين فلاناً ماله رأس الشهر أو عند الهلال، أو إذا أهل الهلال ينصرف ذلك إلى الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها استحساناً بحكم العرف، وكذلك إذا قال: غرّة الشهر انصرف ذلك إلى الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها، وإن كانت الغرّة في الأيام الثلاثة من أول الشهر اعتباراً للعرف لأن رأس الشهر وغرّة الشهر إذا أطلق في العرف والعادة يراد به الليلة يهل فيها الهلال ويومها، وإن نوى الساعة غير التي يهل فيها الهلال صحت نيّته لأنه نوى حقيقة كلامه.

وإن قال: سلخ الشهر انصرف ذلك إلى اليوم التاسع والعشرين بحكم العرف، وإن كان في اللغة اسم السلخ يقع على الثامن والعشرين أيضاً وأول الشهر من اليوم الأول إلى خمسة عشر، وآخر الشهر من اليوم السادس عشر إلى آخر الشهر فإن أول الشهر إذا أطلق في العرف والعادة يراد به من اليوم الأول إلى خمسة عشر، وآخر الشهر إذا أطلق في

العرف يراد به من اليوم السادس عشر إلى آخر الشهر، وآخر أول الشهر اليوم الخامس عشر، وأول آخر الشهر اليوم السادس عشر، فإذا حلف ليفعلن كذا أول يوم من آخر الشهر وآخر يوم من أول الشهر فيمينه على اليوم الخامس عشر والسادس عشر، وإن كان الشهر تسعة وعشرين يوماً، فأول الشهر إلى وقت الزوال من يوم الخامس عشر وما بعده آخر الشهر إلى آخره وأول اليوم إلى ما قبل الزوال.

فإذا حلف ليفعلن كذا أول اليوم ففعل قبل الزوال برّ في يمينه، وإن فعل بعد الزوال [٤٠٧ب/ ١] حنث في يمينه، وإن قال صلاة الظهر فله وقت الظهر كله وكذا سائر الصلوات، وهذا لأن الصلاة تذكر ويراد بها الوقت مجازاً قال عليه الصلاة والسلام «أينما أدركتني الصلاة تيممت وصليت»[1] وأراد بقوله: «أدركتني الصلاة» أدركني وقت الصلاة، ويقال في العرف: آتيك صلاة الظهر أي وقت صلاة الظهر، وقد فاتت الدلالة على إرادته المجاز وهو قران الفعل المحلوف به نحو الكلام أو قضاء الدين أو ما أشبه ذلك بالصلاة، لأن هذه الأفعال لا تتحقق في الصلاة وإنما تتحقق في الوقت فكأنه صرح بالوقت.

ولو قال: عند طلوع الشمس أو حين تطلع الشمس في العرف يراد به حين تطلع الشمس إلى أن تبيضّ فصار كأنه صرح به، وإن قال: وقت الضحوة فوقت الضحوة من حين تبيض الشمس إلى أن تزول، وإن قال: وقت السحر، فوقت السحر من بعد ذهاب ثلثي الليل إلى وقت طلوع الفجر الثاني.

وإن قال: مساء ينوي لأن المساء مساءان أحدهما: إذا زالت الشمس والأخرى إذا غربت، فإذا حلف بعد الزوال لا يفعل حتى يمسي فهذا على غروب الشمس، وإذا قال: إن فعلت كذا قبل أن يمضي شيشة فامرأته طالق، أو قال: فعبده حر ففعل ذلك قبل مضي شوال فقد قال بعض مشايخنا: إنه يحنث في يمينه، وهذا القائل يقول بأن شيشة في شوال غير معين ولا يتصل بانسلاخ شهر رمضان، وقال بعضهم: إن كان الحالف فقيهاً عالماً يعلم أن شيشة في شوال غير معين إذا فعل ذلك الفعل قبل مضي شوال يحنث في يمينه، وإن كان غائباً إذا فعل ذلك الفعل بعد مضي ستة أيام متتابعات أولها اليوم الثاني من العيد لا يحنث في يمينه؛ لأن شيشة عند العوام هذه الستة وعليه الفتوى.

إذا حلف لا يفعل كذا في أيام العيد فهو على أسبوع العيد، وقد كتب هذه المسألة في كتاب الطلاق في فصل المتفرقات.

وإذا قال يا فلان سخن كوين ناشب قدر، فإن كان الحالف عامياً لا يعرف اختلاف الفقهاء فيه لا يتكلم معه إلى الليلة السابعة والعشرين من شهر رمضان لأن ليلة القدر عند العوام هذه الليلة، وإن كان عالماً يعرف اختلاف العلماء فيه، فإن حلف قبل دخول شهر

---

(١) روي الحديث بلفظ: «أينما أدركتني الصلاة تمسحت وصليت»، أخرجه بهذا اللفظ ابن حجر في فتح الباري ١/ ٤٣٨، والهيثمي في مجمع الزوائد ١٨٤٨٦.

رمضان لا يكلمه حتى يمضي شهر رمضان بلا خلاف، وإن حلف في نصف رمضان فعلى قول أبي حنيفة: لا يكلمه حتى يمضي رمضان من السنة الثانية بناء على أن عند أبي حنيفة ليلة القدر دائرة في جميع شهر رمضان فقد تقدم وقد تؤخر، وعندهما ليست بدائرة ولا تتقدم ولا تتأخر.

ولو قال: لا أكلم فلاناً إلى الموسم، أو قال: إلى قدوم الحاج، أو قال: إلى الحصاد، وقال با ترف برمين برميفيد فقه ذكرنا هذه المسائل في هذا الكتاب في فصل الغاية.

وإذا حلف: لا يكلم فلاناً إلى الشتاء، أو قال: إلى الصيف، أو قال: إلى الربيع، أو قال: إلى الخريف، فقد اختلف المشايخ في معرفة هذه الفصول فمنهم من قال: الشتاء ما يحتاج الناس فيه إلى شيئين، إلى الوقود وإلى لبس الحشو، والصيف ما يستغني الناس فيه عنهما، فعلى هذا القياس الربيع ما يستغني الناس فيه عن أحدهما والخريف ما يحتاج الناس فيه إلى أحدهما، ومنهم من قال: أول الشتاء إذا لبس الناس الحشو، وآخره إذا ألقوه في البلد الذي حلف فيه، وأول الصيف عند إلقاء الحشو وآخره عند لبسه، وقد روي عن محمد رحمه الله في غير رواية «الأصول» أن الحالف إن كان من أهل بلدة لهم حساب يعرفون الصيف والشتاء والربيع والخريف مستمراً ينصرف يمينه إليه، وإن لم يكن فأول الشتاء ما يشتد فيه البرد على الدوام، وأول الصيف ما يشتد فيه الحر على الدوام، فعلى قياس هذا: الربيع ما ينكسر فيه البرد على الدوام. وذكر الفقيه أبو الليث في أيمان «الفتاوى» عن محمد أنه قال: ليس عندنا شيء معلوم في معرفة الشتاء والصيف إلا قول الناس، فإذا قالوا بأجمعهم ذهب الشتاء أو ذهب الصيف، فالاعتبار لقولهم فقد اعتبر العرف في هذا.

وحكي عن شمس الإسلام الأوزجندي أنه كان يعتبر العرف في هذا، وكان يقول: إذا قالوا في العرف زمستان فهو اندر امد يابستان اندرامد كذلك.

وإذا قال: إن فعلت كذا أياماً فعبده حرٌ، أو قال: فامرأته طالق، فاعلم بأن من هذا الجنس ثلاث مسائل:

أحدها: أن يقول الأيام وإنه على سبعة [في] قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأن اللام لتعريف المعهود ما امكن والأيام معهود يدور عليه حساب الأيام وهو الأسبوع لم يتكرر بعد ذلك فانصرف يمينه إلى سبعة أيام، وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: هو على عشرة لأن اللام لتعريف المعهود على ما قال، أو الأيام معهود يدور عليه الحساب باسم الأيام وذلك العشرة، فإنه إلى العشرة يذكر باسم الأيام وبعد ذلك يذكر باسم اليوم. يقال: أحد عشرة يوماً واثنا عشر يوماً فانصرف يمينهُ إلى العشرة.

المسألة الثانية: إذا قال: أياماً، وإنه على ثلاثة عندهما باتفاق للروايات لأن هذا جمع منكر وأقل الجميع الصحيح المنكر ثلاثه، وعن أبي حنيفة روايتان ذكر في «الجامع» أنه على ثلاثة، وذكر في أيمان «الأصل» أنه على عشرة أوجه رواية الأيمان أن لهذا

الاسم أقل معلوم وهو الثلاثة وكل معلوم وهو العشرة لما ذكرنا أن اسم الأيام ينتهي بالعشرة، والكل من الأقل بمنزلة العام من الخاص، والعام على عمومه حتى يقوم الدليل على الخصوص وجه رواية «الجامع» أن لهذا الاسم أقل وكل إلا أن الأقل متيقن [٤٠٨أ/١] وما زاد عليه مشكوك فلا تثبت الزيادة بالشك.

المسألة الثالثة: إذا قال: أياماً كثيرة وإنه على عشرة في قول أبي حنيفة لأن العشرة أكثر ما ينطلق عليه اسم الأيام، وعندهما: على سبعة بناء على ما قلنا في المسألة الأولى، وإذا قال بالفارسية اكر اين جندروز فلان كارني كنم فكذا. حكي عن شمس الإسلام الأوزجندي. . . .[١] كان يقول: على شهر واحد وإذا كان الشهور فهو على عشرة في قول أبي حنيفة، وعندهما على اثني عشر شهراً بناء على ما ذكرنا في مسألة الأيام.

ولو قال الجُمع أو السنين فهو على عشر جمع وعلى عشر سنين في قول أبي حنيفة، وعندهما فهو على الأبد، وإذا قال: والله لا أكلمك الجمع فله أن يكلمه في غير يوم الجمعة لأن الجمع جمعة وهو اسم خاص لليوم الذي تقام فيه الجمعة سمي به لاجتماع الناس فيه لإقامة هذا الأمر فلا يتناول غيره من الأيام كما لو قال: لا أكلمك إلا خمسة أو الآحاد أو الأثانين هذا إذا لم يكن له نيّة، وإن نوى أيام الجمعة يعني الأسبوع فهو على ما نوىٰ لأنه نوى ما يحتمله لفظه فالجمعة تذكر ويراد بها الأسبوع وكان ناوياً ما يحتمله لفظه وفيه تغليظ وتشديد عليه فتصح نيته.

وذكر في «النوادر» أن من قال: لله علي صوم جمعة إن نوى يوم الجمعة يلزمه صوم يوم الجمعة لا غير، وإن نوى أيام الجمعة أي الأسبوع أو لم تكن له نيّة يلزمه صوم الأيام السبعة، فعلى رواية «النوادر» نصرف الجمعة إلى أيامها دون يوم الجمعة خاصة؛ لأن الجمعة متى ذكرت مطلقة غير مقرونة باليوم يراد به في عرف الاستعمال الأسبوع لا يوم الجمعة على الخصوص. يقول الرجل لغيره: لم أرك منذ جمعة وما أتانا فلان منذ جمعة والمراد ما قلنا.

وعلى رواية «الجامع» صرف الجمعة إلى يوم الجمعة خاصة لا إلى الأسبوع ووجه ذلك أن هذا العرف فيما إذا ذكرت الجمعة مطلقة عن اليوم بلفظ الوحدان، فأما إذا ذكرت بلفظ الجَمع فلا عرف أنه يراد بها أيام الجمعة فتكون العبرة فيها للحقيقة، حتى قال مشايخنا: إذا قال: والله لا أكلمك جمعة ينصرف يمينه إلى الأيام السبعة لا إلى يوم الجمعة خاصة كما ذكر في «النوادر».

وإذا حلف الرجل ليصومن حيناً فإن نوى شيئاً فهو على ما نوى؛ لأن الحين في اللغة عبارة عن مطلق الزمان، أجمع عليه أهل اللغة فأي وقت نوى فقد نوى ما وضع له الاسم، وإن لم تكن له نية فهو على ستة أشهر وصار تقرير المسألة ليصومن ستة أشهر وكذلك إذا ذكرت الحين مع اللام وكذلك إذا قال: إن صمت حيناً إن صمت الحين ولا

---

(١) بياض بالأصل، ولعلها: أنه.

نية له فهو على ستة أشهر، ولا يحنث إلا بصوم ستة أشهر كما لو قال: إن صمت ستة أشهر ولا يتعين الوقت الذي يلي اليمين، بخلاف ما إذا ذكر سائر الأفاعيل نحو الكلام والضرب وما أشبه ذلك بأن قال: إن كلمت، إن ضربت فلاناً حيناً، فإنه يتعين الوقت الذي يلي اليمين. والفرق أن الصوم يختص ببعض الأوقات فلو عينّا الوقت الذي يلي اليمين كان من الجائز أن لا يكون معيناً للصوم، فلم يعين بخلاف سائر الأفاعيل لأن سائر الأفاعيل؛ لا تختص ببعض الأوقات فلو عينّا الوقت الذي يلي اليمين لا يؤدي إلى ما قلنا فعيناه.

ولو قال: إن صمت زماناً والزمان فإن نوى شيئاً فهو كما نوى هكذا ذكر في «الجامع الصغير» وسوّى بين الحين والزمان.

وذكر في «الجامع الكبير»: أنه من نوى شهرين فصاعداً إلى ستة أشهر فهو على ما نوى، وعن أبي يوسف: أن الزمان لا يكون أقل من ستة أشهر فعلى قياس هذه الرواية إذا نوى أقل من ستة أشهر لا يصدق، والصحيح ما ذكر في «الجامع الكبير» فقد أجمع أهل اللغة أن الزمان من شهرين إلى ستة أشهر. وإن لم تكن له نية فهو على ستة أشهر. إذا قال عهداً فهو مثل الحين والزمان ذكره «القدوري».

وذكر في موضع آخر إذا قال لله عليَّ صوم العمر فهو على الأبد، ولو قال: صوم عمر فهو على يوم واحد، ولو قال: عمري أو عمرك فهو إلى موت الذي أضاف إليه، ولو قال: دهراً أو قال الدهر ذكر في «الأصل» وفي «الجامع الصغير» أنه مثل الحين والزمان ولم يفصل بين الدهر المعرف وبين الزمان المنكر، وذكر في «الجامع الكبير» وفصل بين المعرف والمنكر، يصرف المعرف إلى العمر وصرف المنكر إلى ستة أشهر، والمنقول عن أبي حنيفة أنه قال: لا أدري ما الدهر، بعض مشايخنا المتقدمين قالوا: لا خلاف في الدهر المعرف أنه على العمر، فإنما قال أبو حنيفة رضي الله عنه ما قال في الدهر المنكر، ومنهم من قال: الحالف في الفصلين جميعاً. وروى بشر عن أبي يوسف أنه لا فرق على قول أبي حنيفة بين الدهر المعرف والدهر المنكر.

ولو قال: لا أكلمك قريباً فهو على أقل من شهر بيوم في قول أبي حنيفة مذكور في طلاق «الأصل»، ولم يحك عن غيره بخلافه.

وإن نوى أكثر من شهر ذكر في أيمان «الأصل» عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يدين في القضاء، ولو قال: إلى بعيد فهو على أكثر من شهر في قول أبي حنيفة وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أن قوله: البعيد مثل الحين إلى ستة أشهر، وقال أبو يوسف في «النوادر» المنسوب إلى المعلى: إذا قال سريعاً فهو على شهر غير يوم إذا لم تكن له نية وإذا كان له نية فهو على ما نوى، ولو قال عاجلاً فهو على أقل من شهر، ولو قال أجلاً فهو [٤٠٨ب/ ١] على شهر فصاعداً.

ولو قال: بضعة عشر يوماً فهو ثلاثة عشر.

الفصل الحادي والعشرون
في الحلف يتغير عن حاله

إذا حلف الرجل لا يدخل هذه الدار فصارت صحراء فدخلها الحالف يحنث في يمينه، وكذلك لو بنيت دار أخرى فدخلها يحنث في يمينه. ولو حلف لا يدخل داراً فانهدم بناؤها وصارت صحراء لا يحنث في يمينه، وكذلك لو هدم المسجد وصار صحراء فدخلها لا يحنث، وكذلك لو بنيت بعد ذلك داراً فدخلها الحالف لا يحنث في يمينه.

الأصل في جنس هذه المسائل أن الاسم معتبر في العين وفي غير العين إذا عقدت على غير ما يتم يبقى اليمين ببقاء الاسم ويزول بزوال الاسم، وهذا بناء على أصل آخر أن الكلام يعتبر إذا أفاد، فأما إذا لم يفد فلا والاسم مفيد في العين وفي غير العين لأن في العين يفيد التعريف وفي العين إن كان لا يفيد التعريف لأن التعريف حاصل بالإشارة يفيد تعلق اليمين به حتى لا يبقى اليمين بعد زوال الاسم، والصفة في غير العين معتبرة على كل حال لأنها؛ تفيد معنى التعريف وفي العين غير معتبرة؛ لأنها لا تفيد التعريف، وفائدة الصفة التعريف وعن هذا قلنا إذا حلف الرجل لا يكلم صبياً فكلّم شيخاً لا يحنث في يمينه اعتباراً للصفة في غير العين.

ولو حلف لا يكلم هذا الصبي فكلمه بعدما شاخ يحنث في يمينه إلغاء للصفة في العين هذا عبارة عامة المشايخ، والمحققون من مشايخنا قالوا: الصفة في العين إنما لا تعتبر إذا لم تكن داعية إلى اليمين، أما إذا كانت داعية إلى اليمين فهي معتبرة ألا ترى أن من حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعدما صار تمراً لا يحنث في يمينه، ولقد اعتبرت الصفة في العين لأن صفة الرطوبة داعية إلى اليمين؛ لأن الإنسان قد يضره أكل الرطب ولا يضره أكل التمر فاعتبرت الصفة وتعلق اليمين بالعين والصفة. وخرج على هذا مسألة الصب لأن صفة الصبى غير داعية إلى اليمين؛ لأنها لا تدعو إلى هجران الكلام بل تدعو إلى المبرة والمرحمة قولاً، وفعلاً فسقط اعتبارها في الصفة وتعلق اليمين بالعين كأنه قال: لا أكلم هذا.

وبعض مشايخنا قالوا: الصفة إذا لم تكن داعية إلى اليمين إنما لا يعتبر في العين إذا ذكر على وجه التعريف، أما إذا ذكرت على وجه الشرط تعتبر ألا ترى من قال لامرأته: إن دَخَلَت هذه المرأة الدار راكبة فهي طالق، فدخلتها ماشية لا تطلق واعتبرت الصفة في العين لما ذكرت على سبيل الشرط، ثم إذا عقد اليمين باعتبار الاسم وزال الاسم حتى بطل اليمين ثم عاد الاسم هل يعود اليمين؟ ينظر إن عاد الاسم بسبب جديد في العين لا يعود، لأن الاسم إذا عاد بسبب جديد يجعل كاسم آخر نظراً إلى سبب آخر واليمين لم ينعقد على هذا ألا ترى أن في الأعيان إذا اختلف سبب الملك يجعل ذلك بمنزلة اختلاف الملك حكماً كذا هنا، فإن عاد ذلك الاسم لا بسبب جديد يعود اليمين، لأن الاسم لم يختلف لا حقيقة و لا حكماً.

إذا عرفنا هذا الأصل، جئنا إلى تخريج المسائل فنقول: إذا حلف لا يدخل هذه الدار فصارت صحراء فدخلها يحنث في يمينه. واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسألة، فعبارة بعضهم أن اسم الدار لغة اسم للعرصة، فإنهم يسمون العراص دوراً وبعد زوال البناء العرصة باقية، فكان مسمىٰ الدار باقياً، ولكن هذه العبارة غير صحيحة لأن صحراء المفاوز والمزارع لا تسمى دوراً، وإنما العبارة الصحيحة أن اسم الدار لا يقع على العرصة قبل البناء، وإذا بنيت تسمىٰ داراً، ولكن بعدما بنيت فالعرصة أصل في حق اطلاق هذا الاسم والبناء بمنزلة الصفة، ألا ترى أنه تسمى داراً بعد زوال البناء، قال القائل.

الـــدار دار وإن زالـــت حـــوائـــطـــهـــا

والدليل عليه أن الدار توصف به، قال: دار مبنية ودار مهدومة دار معمورة ودار خربة، وإذا كان البناء بمنزلة الصفة. بعد هذا قال عامة المشايخ: الصفة في العين غير معتبرة فلا يتعلق اليمين بها، وإنما يتعلق اليمين بالاسم، واسم الدار باقية بعد الانهدام، فإذا دخلها حنث في يمينه، والمحققون من مشايخنا قالوا: الصفة في العين إذا لم تكن داعية إلى اليمين فهو غير معتبرة وصفة البناء للعرصة غير داعية إلى المنع من الدخول فيها باليمين فيتعلق اليمين بالاسم والاسم باق بهذا الانهدام.

وأما إذا قال: والله لا أدخل داراً فدخل داراً ذهب بناؤها وصارت صحراء لا يحنث في يمينه؛ لأن الصفة في غير العين معتبرة فتعلق اليمين بالعين والصفة، وصار كأنه قال: والله لا أدخل الدار مبنية.

وإذا قال: والله لا أدخل الدار فهدمت وصارت صحراء ثم بنيت مسجداً ودخلها لا يحنث في يمينه، لأن اليمين انعقدت باسم الدار وبعدما بنيت مسجداً أو حماماً لا تسمىٰ داراً ألا ترى أنه حدث اسم آخر فلو هدم المسجد أو الحمام بعد ذلك وعاد صحراء ثم دخلها لا يحنث في يمينه؛ لأنه بالانهدام لا يعود اسم الدار؛ إذ لا يزول اسم المسجد، ألا ترى أنه يقال: مسجد خراب وحمام خراب وإن بنيت بعد ذلك داراً ودخلها لا يحنث يمينه، وإن عاد الاسم لأنه إنما عاد بسبب جديد فنزل ذلك منزلة اسم آخر.

ولو قال: والله لا أدخل هذه وأشار إلى الدار إلا أنه لم يسم الدار فدخلها على أي صفة كانت داراً أو مسجداً أو حماماً أو بستاناً حنث في يمينه؛ لأن اليمين عقدت على العين دون الاسم، والعين باقية فيبقىٰ اليمين. بخلاف ما لو قال: هذه الدار، لأن هناك اليمين عقدت على الاسم. وبخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمهُ بعدما شاخ حيث يحنث، وإن عقدت اليمين على [١/أ٤٠٩] الاسم؛ لأن الاسم هناك لم يزل، فإن الشباب صفة للذات يقال: رجل شاب ورجل شيخ، وإذا كان الشباب صفة يصير الرجل مذكوراً بذكره فكأنه قال: والله لا أكلم هذا الرجل وهناك لو كلمهُ بعدما شاخ يحنث في يمينه. بخلاف مسألة الرطب؛ لأن الرطب اسم للعين وليس بصفة، ولهذا لا يقال: تمر رطب وإذا كان اسم عين كان اليمين منعقداً على الاسم وبعدما صار تمراً زال الاسم. فإذا حلف لا يدخل هذا المسجد فهدم وصار صحراء ثم بني داراً ثم هدمت وبني مسجداً

فدخلهُ الحالف لا يحنث في يمينه وإن عاد الاسم، لأنه إنما عاد بسبب جديد في العين فنزل منزلة تبدل الاسم.

قال في «الجامع»: وإذا حلفت المرأة لا تلبس هذه الملحفة فخيط جانباها، وجعلت درعاً وجعلت لها جيباً وكماً ولبستها لا تحنث في يمينها، لأن هذا لا يسمىٰ ملحفه فالاسم الذي عقد عليه اليمين قد زال، فلم يبق اليمين فلو فتقت الخياطة ونزعت عنها الكمان والجيب حتى عاد ملحفة فلبستها حنثت في يمينهه؛ لأنه عاد الاسم لا بسبب جديد قائم بالعين لأن نقض الصنعة لا يكون صنعة فيعود اليمين، وهذا بخلاف ما لو قطعت الملحفة وخيطت قميصاً ثم نقضت الخياطة والتركيب وخيط بعضها ببعض حتى عادت ملحفة ولبستها حيث لا تحنث في يمينها، لأن هناك الاسم إنما عاد بصنعة جديده قائمة بالعين، ولا كذلك الباب الأول.

واستشهد في «الجامع» بمسألة السفينة فقال: ألا ترى من حلف لا يركب هذه السفينة فنزعت ألواحها ونقض التركيب حتى صارت خشباً ثم اتخذت من ذلك الخشب سفينة أخرى فركبها لا يحنث في يمينه وإن عاد الاسم؛ لأنه إنما عاد بصنعة جديدة بالعين.

ومن جملة ذلك إذا حلف لا يجلس على هذا البساط فخيط جانباه وجعل خرجاً فجلس عليه لا يحنث في يمينه، لأن اليمين عقدت عليه باسم البساط وبعدما خيط جانباه لا يسمىٰ بساطاً، وإنما يسمى خرجاً، فإن فتقت الخياطة حتى عاد بساطاً فجلس عليه حنث في يمينه؛ لأن الاسم عاد لا بصنعة جديدة قائمة بالعين؛ لأن الفتق إبطال الصنعة وليس بصنعة، ولو كان قطع البساط وجعلة خرجين ثم فتقهما وخاط القطع وجعلهما بساطاً ثانياً ثم جلس لم يحنث وإن عاد الاسم لأنه إنما عاد بصنعة جديدة قائمة بالعين، ألا ترى أن بمجرد الفتق لا يعود اسم البساط بل يحتاج فيه إلى خياطة القطع، فإنما جلس على بساط آخر غير الذي عقد عليه اليمين.

قال مشايخنا: هذا إذا كان الخرجان بحيث لو فتق كل واحد منهما لا يسمىٰ بساطاً على الانفراد لصغره، فأما إذا كان كل واحد منهما يسمىٰ بساطاً فإذا فتقهما وخاط أحدهما بالآخر وجلس عليه يحنث في يمينه، لأن بالفتق عاد اسم البساط لكل واحد منهما لا بصنعة جديدة قائمة بالعين، فإذا خيط أحدهما بالآخر فقد خيط بساط ببساط.

وإذا قال: والله لا أدخل هذا البيت فدخل فيه بعدما صار صحراء لا يحنث في يمينه؛لأن بالانهدام يزول اسم البيت لأنه مشتق من البيتوتة ولا يبات فيه بعد زوال البناء، فكان البناء أصلاً في إطلاق اسم البيت عليه، والدليل عليه قول القائل:

والبيت ليس ببيت بعد تهديم

وقد ذكرنا أن الاسم معتبر في العين فلا يبقى اليمين بعد زوال الاسم ولو رفع سقف البيت وبقي حيطانه فدخله حنث لأن اسم البيت لا يزول بمجرد رفع السقف إذ البيتوتة فيه بعد رفع السقف ممكن فلا يبطل اليمين برفع السقف، أو نقول اسم البيت ثابت لهذه

البقعة لأجل الحيطان والسقف جميعاً لأنه بالكل يصير محلاً للبيتونة فإذا زال السقف وبقي الحيطان فقد زال الاسم من وجه وبقي من وجه واليمين كان منعقدة على هذا العين حاجتنا إلى الإبطال والانحلال فلا يبطل ولا ينحل بالشك والاحتمال، وبقي حيطانه فعلى قياس العبارة الأولى يحنث، لأن اسم البيت لم يزل برفع السقف وعلى قياس العبارة الثالثة لا يحنث لأن اسم البيت زال من وجه دون وجه وحاجتنا إلى عقد اليمين على هذا العين فلا ينعقد عليه بالشك والاحتمال.

وفي «القدوري»: إذا حلف لا يأكل هذا الحمل فصار كبشاً فأكله حنث. وكذا لو حلف لا يجامع هذه الصبية فجامعها بعدما صارت امراة يحنث في يمينه وفيه أيضاً: إذا حلف على فسطاط لا يدخله أو على قبة من العيدان لا يدخلها فقلعت وضربت في موضع آخر فدخلها الحالف حنث في يمينه، لأن الاسم لم يتبدل بالنقل من مكان إلى مكان.

ولو حلف لا يجلس إلى هذه الأسطوانة وهي مبنية فنقضت وبني بالنقض ثانياً لم يحنث في يمينه. وكذلك الحائط إن كان الاسم يعود بالبناء لأنه إنما يعود بسبب جديد، وكذلك لو حلف لا يكتب بهذا القلم فكسره ثم براه فكتب به لم يحنث؛ لأن بالكسر صار.... [1] وخرج من أن يكون قلماً، وإنما صار قلماً بسبب جديد، وكذلك لو حلف على مقص أو سكين أو سيف فكسره ثم صنع مثلهُ، ولو نزع مسمار المقص أو نصاب السكين وأعيد فيه مسمار آخر أو نصاب آخر حنث؛ لأن السكين اسم للحديد [٤٠٩ب/ ١].

وفي «المنتقىٰ»: لو حلف لا يلبس هذا القميص أو هذه الجبة أو هذا القباء وهذه القلنسوة أو هذين الخفين فنقضه واستأنف خياطته ثم لبسه حنث في يمينه؛ لأن هذا ذاك بعينه ألا ترى أنه يقال قميص مفتوق وقباء مفتوق فالخياطة في الأشياء بمنزلة الصفة واليمين لا يتغير بتغير الصفة مع بقاء الاسم. قال: والسرج نظير هذه الأشياء. وهذه الأجوبة خلاف جواب «الجامع» في المسائل التي تقدم ذكرها.

وإذا حلف على قميص لا يلبسه فصنعه جبة محشوة ولبسها لا يحنث لأن الاسم قد زال. وفي «القدوري»: حلف على شقة خز بعينها لا يلبسها فنقضت وغزلت وجعلت شقة أخرى فلبسها لم يحنث؛ لأن الاسم قد زال بالنقض. ولو حلف لا يقرأ في هذا المصحف فخلعه ثم ألّف ورقة وخرز وقرأ فيه حنث.

وفي «المنتقى» لو حلف لا ينام على هذا الفراش، فنقضه وغسله ثم جاءه بحشوة وخاطه ونام عليه يحنث في يمينه، وجواب هاتين المسألتين على خلاف ما في «الجامع» أيضاً.

وإذا حلف لا ينام على هذا الفراش فأخرج منه الحشو ونام عليه لا يحنث، لأن

---

(١) بياض بالأصل.

بعد إخراج الحشو لا يسمى فراشاً، ولو رفع الظهارة ونام على الحشو لا يحنث أيضاً، لأن بدون الظهارة لا يسمى فراشاً بل يسمى بالفارسية چيعوت.

ولو حلف على نعل لا يلبسه فقطع شراكه وشركه بغيره ثم لبسه حنث، لأن اسم النعل بعد الشراك باق جلف لا يشرب من هذا الماء فانجمد الماء فأكل من الجمد لا يحنث؛ لأن اسم الماء قد زال عنه لمّا انجمد، فإن ذاب بعد ذلك وشرب منه حنث؛ لأنه عاد الاسم من غير سبب جديد.

الفصل الثاني والعشرون
في اليمين التي يكون على الحياة دون الموت والتي يكون على الحياة والموت جميعاً

إذا قال الرجل: عبده حر إن ضربت فلاناً أبداً فضربه بعد الموت لا يحنث في يمينه، لأن شرط الحنث وهو الضرب إن وجد صورة لم يوجد معنى، لأن معنى الضرب الإيلام لأن الضرب لغة اسم لفعل مؤلم والإيلام؛ لم يوجد لأن الميت لا يتألم من جهة الآدميين فهو معنى قولنا: إن شرط الحنث لم يوجد معنى فلا يحنث في يمينه.

ولو حلف لا يغسل فلاناً أو حلف لا يغسّل رأس فلان فغسّل بعد الموت يحنث في يمينه، لأنه وجد شرط الحنث وهو الغسل بصورته وبمعناه؛ لأن صورة الغسل إمرار الماء ومعناه التنظيف والتطهير، والميت محلّ للتطهير، ولهذا شرع غسل الميت تطهيراً له، ألا ترى أنه لو صلىٰ على الميت قبل الغسل لا يجوز، ولو صلى عليه بعد الغسل يجوز، وألا ترى أنّ من صلى وهو حامل ميتاً مسلماً لم يغسل لا يجوز، ولو كان غُسّل تجوز فهو معنى قولنا إن شرط الحنث وجد بصورته وبمعناه فيقع الحنث، كما في حالة الحياة.

وكذلك لو حلف لا يوضىء فلاناً فوضأه بعد الموت يحنث في يمينه لما قلنا في الغسل. وكذلك لو حلف لا يلبس فلاناً فألبسه بعدما مات يحنث في يمينه، بخلاف ما لو حلف لا يكسو فلاناً فكساه بعدما مات حيث لا يحنث.

.....[1] في يدي من الدراهم إلا ثلاثة فجميع ما في يدي صدقة في المساكين فإذا كان في يده؛ خمسة دراهم أو أربعة دراهم لزمه التصدق بجميع ما في يده لأن شرط وجوب التصدق في هذه الصورة أن يكون ما في يده سوى الثلاثة بعض الدراهم لأنه ذكر بكلمة من وكلمة من للتبعيض، وإذا كان في يده خمسة دراهم أو أربعة دراهم فما وراء الثلاثة بعض الدراهم بخلاف المسألة الأولى.

ولو قال: إن كان ما في يدي من الدراهم إلا ثلاثة فجميع ما في يدي صدقة في المساكين، وفي يده أربعة دراهم أو خمسة دراهم لا يلزمه التصدق بشيء ولم تعمل كلمة

(١) بياض بالأصل.

من في تبعيض الدراهم في هذه المسألة كما في المسألة الأولىٰ، والفرق أن في هذه المسألة كلمة من عملت في غير الدراهم عن غيرها مرة؛ لأنها دخلت على ما هو عام وهو في قوله: ما في يدي؛ لأن كلمة ما عامة في غير ذوات العقلاء فهو بقوله من كلمة الدراهم ميز الدراهم عن غيرها؛ فلا يعمل بعد ذلك في تبعيض الدراهم. وإذا لم يعمل في تبعيض الدراهم صار ذكرها في حق الدراهم والعدم بمنزلة فكأنه قال: إن كانت الدراهم التي في يدي وراء الثلاثة دراهم، فجميع ما في يدي صدقة وهناك لا يلزمه التصدق إذا كان في يده خمسة دراهم أو أربعة، وفي المسألة المتقدمة كلمة من لم تعمل في تمييز الدراهم لأنها ما دخلت على ما هو عام إنما دخلت على الدراهم لا غير فلا بد من إعمالها في تبعيض الدراهم.

ولو قال: إن كان في يدي دراهم أكثر من ثلثة دراهم فهي في المساكين صدقة، فإذا في يده خمسة دراهم أو أربعة لزمه التصدق بجميع ما في يده لأن قوله أكثر من استثناء بشرط أن يكون سوى المستثنى ما ينطلق عليه اسم الدراهم بل هذا إيجاب التصدق بدراهم موصوفة بصفة، وهي أن يكون أكثر من ثلاث في الكثرة يثبت لمطلق الزيادة قلّت الزيادة أو كثرت، وقد وجد ذلك ههنا بخلاف ما تقدم، وهو قوله: إن كان في يدي دراهم إلا ثلاثة لأن الاستثناء قد أوجب التصدق بشرط أن يكون وراء المستثنى دراهم، أما ههنا بخلافه.

إذا قال: إن اشتريت بهذه الدراهم شيئاً فهذه الدراهم في المساكين صدقة فاشترى بها شيئاً لزمه التصدق بها لأن شرط وجوب التصدق قد وجد والدراهم في ملكه ألا ترىٰ أن له أن يعطيه غيرها هكذا ذكر في أيمان «النوازل».

وفي «الجامع»: إذا نظر الرجل إلى كر حنطة وإلى ألف لرجل وقال: إن بعت عبدي هذا بهذا الكر وبهذه الألف درهم فهما صدقة في المساكين [١٠٤١٠/أ/١] فباعه بهما لزمه التصدق بالكر ولم يلزمه التصدق بالألف لأن المعلق بالشرط مقيد وجود الشرط كالمرسل فكأنه قال بعد البيع هذا الكر صدقة وهذه الألف درهم صدقة وهناك يلزمه التصدق بالكر لأن الكر صار مملوكاً بنفس البيع ولا يلزمه التصدق بالدراهم لأن الدراهم لم يصر مملوكاً له بنفس البيع، ألا ترى أن لصاحبها خيار أن يدفع عينها وخيار أن يدفع غيرها وخيار المالك على هذا الوجه يمنع ثبوت الملك فيها لغيره فيصير ملتزماً الصدقة بما يملك وبما لا يملك فيلزمه بما يملك ولا يلزمه بما لا يملك، ولو عقد يمينه على الشراء بأن قال: إن اشتريت هذا العبد بهذا الكر وبهذا الألف فهما صدقة في المساكين فاشترى بهما لزمه التصدق بالألف، ولم يلزمه التصدق بالكر لأن الكر خرج عن ملكه بنفس البيع، والدراهم بقيت على ملكه بعد البيع.

وفي «المنتقى»: إذا أراد الرجل أن يشتري عبداً من رجل بألف درهم ودفع ألف درهم إلى صاحب العبد ثمة، وقال: إن اشتريت هذا العبد بهذه الألف درهم وأشار إلى الألف المدفوعة فهذه الألف في المساكين صدقة، وقال صاحب العبد: إن بعت هذا

العبد بهذه الألف فهي في المساكين صدقة، وأشار إلى تلك الألف أيضاً، ثم إن صاحب العبد باع العبد بتلك الألف فعلى البائع أن يتصدق بها دون المشتري.

وفيه أيضاً: إذا نذر بهدي شاة بعينها فأهدى مثله أجزأه، وكذلك لو نذر بعتق عبد بعينه فأعتق مثله أجزأه، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف لا يجزيه لأن الحق فيه للملوك. وفي «البقالي» عن أبي يوسف ومحمد أنه يجوز مثله أو أفضل منه، وفيه أيضاً إنه لا يجوز مطلقاً.

وإذا قال الرجل: إن فعلت كذا فمالي صدقة في المساكين، أو قال: فجميع ما لي، أو قال: فكل ما لي ففعل ذلك الفعل فالقياس أن يلزمه التصدق بجميع ماله مال الزكاة وغيره في ذلك على السواء. وفي الاستحسان يلزمه التصدق بمال الزكاة ومالا زكاة فيه لا يلزمه التصدق به.

وجه القياس: أنه أضاف الصدقة إلى ماله مطلقاً في الصورة الأولى وإلى جميع ماله في الصورة الثانية فيدخل تحته جميع أمواله كما في الوصية.

وجه الاستحسان: أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ثم ما أوجب الله تعالى من الصدقة مضاف إلى مال مطلق وهو قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣] تناول مال الزكاة خاصة فكذا ما وجب بإيجاب العبد بخلاف الوصية لأنا لا نجد في الوصية إيجاباً من الشرع يقيد بمال الزكاة حتى ينصرف إيجابه إليه فينصرف إيجابه إلى الأموال إليه فينصرف إيجابه إلى الأموال كلها.

ولو قال: جميع ما أملكه صدقة في المساكين ذكر في كتاب الهبة أنه يتصدق بجميع ما يملكه ويمسك قوته، وهكذا رواه إبراهيم عن محمد في «المنتقى»، وصورة ما ذكر في «المنتقى»: إذا قال: كل ما أملك صدقة في المساكين، فهذا على كل شيء من العروض وغيره مال، وكذلك يدخل فيه أرض العشر وأرض الخراج.

مشايخنا على أن ما ذكره في كتاب الهبة، وفي «المنتقىٰ» جواب القياس، وفي الاستحسان ينصرف إلى مال الزكاة أيضاً، وإليه ذهب الفقيه أبو بكر البلخي وشمس الأئمة السرخسي. ومنهم من قال: هذا جواب القياس والاستحسان، وإليه ذهب الفقيه محمد بن إبراهيم، والفرق على قول هذا القائل بين قوله: أملك وبين قوله مالي أن الملك أعم من المال، فإنه يتناول ملك القصاص وملك النكاح وملك المنفعة، فلا بدُ أن يظهر لعموم هذا اللفظ زيادة مزّية، وإنما يظهر له زيادة مزّية إذا انصرف إلى كل مال يجوز التصدق به.

وذكر شيخ الإسلام في «شرح الجامع» أن في قوله: جميع ما أملكه صدقة روايتين: في رواية ينصرف إلى مال الزكاة لا غير، وفي رواية ينصرف إلى مال الزكاة وغيره. وهكذا ذكر البقالي في رواية، ثم قال في كتاب الهبة: ويمسك من ذلك قوته لأنه لو لم يمسك ذلك القدر يحتاج إلى أن يسأل الناس من ساعته، ولا يحسن أن يتصدق بجميع ماله ويسأل الناس من ساعته، ولم يبين مقدار ما يمسك. قال مشايخنا: إن كان محترفاً

يمسك قوت يوم وإن كان صاحب حوانيت غلة يمسك قوت شهر، وإن كان دهقاناً يمسك قوت سنة فإذا وصل إلى شيء من ذلك تصدق بقدر ما أمسك لأنه استهلك قدر ما أمسك من المال الذي لزمه التصدق به، فيصير ضامناً مثله كما لو استهلك مال الزكاة.

وروى بشر عن أبي يوسف أنه سئل عمن قال: مالي في المساكين صدقة. كم يحبس منه؟ قلت: لكم؟ قال: لسنة ونحوها، فإذا أفاد مالاً تصدق بعد ذلك بمثله، وهذه الرواية قال: مقدار قوته قلت: لكم، قال: لسنة ونحوها، فإذا أفاد مالاً يتصدق بعد ذلك بمثله، وهذه الرواية إشارة إلى. . . .[1] على قول أبي يوسف. إذا قال: ما لي صدقة إن يمينه ينصرف إلى جميع أمواله، إذ لو انصرف إلى مال الزكاة كان لا يحتاج إلى أن يحبس لنفسه شيئاً وفي قوله: ما لي في المساكين صدقة إنما يلزمه التصدق بمال الزكاة لا غير استحساناً. إذا لم ينو جميع ماله، وأما إذا نوى جميع المال لزمه التصدق بجميع المال لأنه نوى حقيقة كلامه وفيه تغليظ عليه.

وإذا قال: ما لي في المساكين صدقة وله أرض عشرية فيها غلة يومئذ، فالغلة تدخل في يمينه، فأما رقعة الأرض فلا تدخل في يمينه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف: تدخل سواء كان في الأرض غلّة أو لم يكن قال: لأن أهل الحجاز يسمون الأرض مالاً هكذا ذكر في «المنتقى». وأما أرض الخراج هل تدخل؟ ذكر القدوري في «شرحه» أنها لا تدخل بالإجماع، وفي «المنتقى» عن أبي يوسف أنها تدخل وعن محمد [٤١٠ب/ ١] أنهما لا تدخلان.

في «البقالي» وفي «نوادر هشام» عن أبي يوسف في رجل قال: كل بذر أبذره في هذه الأرض فهو هدي إلى بيت الله تعالى. قال إن كان بذره فيها عنده يوم حلف، فإنه حانث فإن شاء بعث بقيمته وإن شاء بعث بمثله.

الحس بن زياد في كتاب الاختلاف إذا قال: إن كلمت فلاناً بهذه الألف هدي لبيت الله تعالى فحنث، قال أبو يوسف حنث ما تصدق به أجزأه، وهو قول أبي حنيفة أجمع أصحابنا أن النذر بالعبادات إذا كان معلقاً بالشرط وأداها قبل وجود الشرط إنه لا يجوز سواء كانت العبادة بدنيّة أو مالية لأن المعلق بالشرط إنما يصير سبباً بعد وجود الشرط، ففي أدائها قبل وجود الشرط تقديم الحكم على السبب وإنه لا يجوز.

وأما النذر إذا كان مضافاً إلى وقت وأدّاه قبل وجود الوقت إن كانت العبادة بدنيّة، قال أبو يوسف: يجوز، وقال محمد: لا يجوز بيانه فيما إذا قال: لله عليّ أن أصوم رجب سنة كذا أو قال: لله علي أن أحج سنة كذا فصام وحج قبل مجيء تلك السنة على قول أبي يوسف يجوز، وعلى قول محمد لا يجوز.

وإن كانت العبادة ماليّة جاز بلاخلاف بيانه فيما إذا قال لله عليّ أن أتصدق بهذه الدراهم غداً فتصدّق بها اليوم، أو قال: لله علي أن أتصدق بدرهم غداً فتصدق بدرهم

(١) بياض بالأصل.

اليوم يجوز بلا خلاف، وإن كان النذر مضافاً إلى مكان، فأداها في مكان آخر جاز بلا خلاف سواء كانت العبادة بدنية أو مالية حتى إن من قال: لله عليّ أن أصلي بمكة، لله علي أن أصوم بمكة، لله علي أن أتصدق بمكة، فصام وصلى وتصدق ههنا يجوز.

وجه قول محمد في المسألة المختلفة أن الأداء قبل الوجوب، وهذا ظاهر وقبل وجود سبب الوجوب لأن التصرف إنما ينعقد سبباً موجباً لحكمه إذا صادف محلّهُ ومحل النذر الذمة والمنذور به غير موجود إن كانت الذمّة موجودة لأن المنذور صوم رجب وصوم رجب لا يتصور أن يكون موجوداً قبل مجيء زمان رجب.

ثم النذر إذا لم يصادف المنذور به بخلاف ما إذا كانت العبادة مالية، لأن هناك الأداء حصل بعد وجود سبب الوجوب لأن النذر هناك الفعل سبباً موجباً لأنه صادف محله وهو الذمة والمنذور به إن كان المنذور به دراهم معينة فظاهر، وإن كان المنذور دراهم مطلقة لأن الدراهم المطلقة لها وجود في العالم وانعقد النذر سبباً للحال، وإن تأخر وجوب الأداء إلى ذلك الوقت، ولأبي يوسف أن الأداء حصل بعد وجود سبب الوجوب؛ لأن النذر انعقد سبباً موجباً؛ لأنه صادف محله وهو الذّمة والمنذور به بيان مصادفته الذمّة؛ لأنه غير معلق بالشرط ليمتنع نزوله بحكم التعليق بيان مصادفته المنذور به لأن المنذور به في حق التعجيل مطلق الصوم لا الصوم المضاف إلى رجب وهذا لأن في تعينه فيما فيه تغليظ عليه تفضيل بعض الأوقات على البعض، وليس إلينا تفضيل الأوقات على البعض كما ليس إلينا تفضيل بعض الأماكن على البعض، ألا ترى أن من نذر أن يصوم أو يصلي بمكة فصلى أو صام ههنا يجوز.

إذا ثبت هذا فنقول: لو صححت التعيين في حق التعجيل كان تغليظاً عليه لأنه لا يخرج عن العهدة بالتعجيل، وفيه تغليظ عليه فلم يصح تعيين الوقت في حق التعجيل وجعل في حق التعجيل كأن المنذور به مطلق وصح التعيين في حق تأخر وجوب الأداء؛ لأن فيه حتى لا يجب الأداء قبل ذلك الوقت، ولهذا قلنا: إن قال: لله عليّ أن أصوم رجب فصام رجب بنية التطوع يقع عن المنذور به، وصح نفس الوقت في حق خروجه من أن يكون محلاً للتطوع؛ لأن فيه ترفيهاً عليه، وكذلك إذا صام بمطلق النية ونيتُّه قبل الزوال يجوز وصح التعيين في حق هذا الحكم؛ لأن فيه ترفيهاً وإذا صام بنية واجب أخر يقع عما نوى، ولم يصح تعيين الوقت في حق خروجه من أن يكون قابلاً لواجب آخر لأن فيه تغليظاً عليه.

وإذا علق الرجل النذر بفعل مباح بأن قال: إن دخلت هذه الدار وما أشبه ذلك من الأفعال المباحة فعلها وتركها فهذا على وجهين: إما أن لم تكن له نية وفي هذا الوجه يكون يميناً وإذا فعل تلزمه كفارة اليمين، قال عليه الصلاة والسلام «من نذر نذراً ولم يُسمّ فعليه كفارة يمين»[1] وإن نوى قربة من القرب يصح بها النذر نحو الحج أو العمرة فإنه

---

(١) روي الحديث بلفظ: «من نذر نذراً لم يسمه فكفارته كفارة يمين»، أخرجه بهذا اللفظ أبو داود حديث ٣٣٢٢، والترمذي حديث ١٥٢٨، وابن ماجه حديث ٢١٢٧، ٢١٢٨.

يلزمه ما نوى ولا يلحقه الكفارة لقوله عليه السلام «من نذر نذراً وسمى فعليه الوفاء بما سمّىٰ»(١) هذا إذا علق النذر بفعل مباح فعله وتركه، وأما إذا علّق النذر بفعل فعله واجب وتركه معصية بأن قال: إن كلمت أبي فعلي نذر أو قال: إن صليت الظهر فعلي نذر فإن أبهم كان عليه أن يحنث نفسه ويكفر لأنه إذا لم يكن له نية كان يميناً وقال عليه السلام «من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها فليأت بالذي هو خير وليكفر يمينه»(٢) وإن نوى شيئاً بعينه كان عليه [١٤١١أ/ ١] ما نوىٰ، فالجواب في حق الجزاء لا يختلف بينما إذا كان الشرط معصية أو مباحاً وإنما يختلف في حق الشرط فالشرط إذا كان مباحاً فعله وتركه لا يحنث نفسه، وإذا كان فعلاً كان فعله واجباً وتركه معصية يحنث نفسه.

وإذا حلف الرجل بالنذر ونوى صدقة ولا ينوي عدداً فعليه إطعام عشرة مساكين لأنه لو أبهم النذر كان عليه كفارة اليمين، لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى، فإذا نذر بالصدقة وأبهم المقدار كان عليه من المقدار ما في كفارة اليمين فالطعام في كفارة اليمين مقدّر بإطعام العشرة، فلهذه ألزمه ذلك.

إذا حلف الرجل أن يتصدق بغلة داره، فأجر داره وأكل غلتها قال أبو يوسف يتصدق بمثلها وقال محمد رحمه الله واللؤلؤي لا يتصدق بشيء. وقال أبو يوسف في رجل قال: إن بعت عبدي هذا قيمته صدقة في المساكين فباعه ووجد المشتري عيباً وكان ذلك قبل أن يتقابضا فرده، فليس على البائع أن يتصدق به، ولو كان قابضاً ثم رد العبد بعد ذلك والثمن دراهم أو دنانير كان عليه أن يتصدق بمثله، وإن كان الثمن عرضاً وإن كان الرد بغير حكم يتصدق بقيمته، وإن كان الرد بحكم لم يتصدق بشيء.

ولو كان المشتري قد قبض العبد إلا أنه لم يسلم الثمن حتى رد العبد بالعيب بقضاء، فليس على البائع أن يتصدق بشيء من أي جنس كان الثمن وإن كان رده بغير قضاء تصدق بمثله من قبل أنه قد ملكة وهو الذي فسخ ملكه وكأنه وهبه.

ولو كان البائع قبض الثمن والثمن عرض ولم يسلم العبد إلى المشتري حتى هلك العبد في يده رد الثمن على المشتري ولم يتصدق بشيء، وإن كان الثمن دراهم أو دنانير تصدق بمثلها. ألا ترى أنه لو كان أخذ الثمن وهو دراهم أو دنانير كان عليه أن يرد مثلها وكان عليه أن يتصدق بمثلها وليس أن يتصدق بشيء منها ولو استحق العبد قبل القبض أو بعده رد الثمن بعينه من أي جنس كان وليس عليه أن يتصدق بشيء منها.

ولو نذر عتق هذا العبد عن كفارة فكفّر بالإطعام بطل النذر، وكذلك لو نذر أن يهدي هذه البدنة عن جزاء الصيد الذي عليه ثم صام أو أطعم، أو نذر أن يكسو بهذه الأثواب عن كفارته، فأطعمهم بطل النذر، وإن كان الطعام لا يبلغ قيمتها تصدق بالفضل في «البقالي».

---

(١) أخرجه الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٠٠.

(٢) أخرجه مسلم في الأيمان حديث ١٦٥٠، والنسائي في الأيمان والنذور حديث ٣٧٨٥، وابن ماجه في الكفارات حديث ٢١٠٨.

وفيه أيضاً: إن وصلتك بدرهم فهو صدقة ثم قال له: هذه الدراهم صلة لك فإن كان الدرهم في يد الحالف تصدق به أو بمثله، وإن كان في يد ذلك لم يلزمه التصدق بشيء.

وروىٰ الطحاوي إذا حلف لا يشتري بهذه الدراهم لم يحنث حتى يدفعها ثم يشتري بها والظاهر أن التعيين يكفي في هذا المواضع أيضاً ولو قال: كل يوم أكلمك فعلي به كذا فكلمه في يومين حنث مرتين، ولو قال: يومين حنث مرة. وفي «المنتقىٰ» جعل أي بمنزلة كل وهو خلاف ما ذكر في «الجامع».

ولو قال: لله علي أن أشتري مملوكاً بألف درهم فأعتقه فاشترى مملوكين بألف فأعتقهما أو اشترىٰ أعمىٰ يساوي الوفاء فعن محمد رحمه الله أنه لا يجوز، فإن اشترى بخمسمائة أو وهب له وهو يساوي ألفاً جاز.

وفي «نوادر هشام» عن محمد في رجل قال: إن لم أعتق مملوكاً بألف درهم فكذا، فاشترى مملوكاً بألف يساوي شيئاً قليلاً وأعتقه لا يحنث في يمينه. وفي «المنتقى» إذا قال: لله علي أن أشتري بهذه الخمسمائة رقبة فأعتقها فاشترى بثلاثمائة ما يساوي خمسمائة وأعتق فهو جائز.

ولو قال: كلما ركبت دابة فعليّ أن أتصدق بدرهم فركب دابة فعليه درهم وإن طال الركوب وكذلك إن عينها إلا أن يكون راكباً، فيلزمه في التعيين لكل وقت عليه النزول والركوب فيه درهم، وكذلك العقود، وعن أبي يوسف فيمن قال: كلما أكلت اللحم فعليّ كذا فهذا على كل لقمة. ولو قال كلّما شربت الماء فهو على كل نفس. ولو قال: إن اشتريت اليوم شيئاً فهو صدقة فاشترى غلاماً بجارية فقد اشترى.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد إذا قال الرجل: لله علي أن أتصدق بهذه الدراهم عن فلان قال فإن كان فلان ميتاً فعليه أن يتصدق بها عنه وإن كان حياً لم يجزئه أن يتصدق بها عنه إلا بأمره، وإذا تصدق عنه بغير أمره فهي عن المتصدق.

وإذا نذر الرجل ذبح ولد لزمه شاة لكل واحد يذبحها بمكة ويتصدق عند أبي حنيفة ومحمد.

قال ابن سماعة عن محمد قوله: أنا أنحر ولدي عند مقام إبراهيم وقوله: أذبح ولدي . . . . .(١) ومعناه الفدية شاة كما أن قوله: عليّ المشي إلى بيت الله تعالى معناه حجة أو عمرة. و لو قال: أنا أقتل ولدي عند مقام إبراهيم وقوله: أذبح ولدي . . . . .(١) ومعناه الفدية شاة كما أن قوله: علي المشي إلى لم يكن عليه لأن أيمان الناس ليست على هذا.

ولو قال: أنا أهدي. أي إن فعلت كذا ثم حنثت لم يلزمه شيء وقوله: أنا أنحرابنتي وقوله: أنحر ابني وابن ابنتي بمنزلة قوله: أنحر ابني وابنتي وفي قوله: أنحر نفسي أو أمي وأبي لا يلزمه شيء وكذا في قوله أنحر ابني بالكوفة لا يلزمه شيء. ثم في

---

(١) بياض بالأصل.

عامة الروايات شرط لصحة النذر بذبح الولد ونحره أن يقول في النذر عند مقام إبراهيم أو بمكة وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه سوّى بين إيجابه نحر الابن عند مقام إبراهيم وبين إيجابه نحر الابن مرسلاً. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف وجوب [٤١١ب/ ١] العبادة بالنذر.

وعن أبي يوسف برواية بشر إذا قال: الله علي أن أعود فلاناً في مرضه قال هذا فيما يؤجر عليه ويتقرّب به فهو على ما وصفنا في قول أبي حنيفة وقولنا يعني يحنث للنذر كالعبادة ذكره في «المنتقى»، وفي «البقالي» عن أبي يوسف كل كلام أو فعل يؤجر عليه ويتقرب به إلى الله تعالى يكون يميناً وإيجاباً عند أبي حنيفة، وعندي لا يكون يميناً.

وإذا قال الرجل: علي المشي إلى بيت الله، أو قال إلى الكعبة، أو إلى مكة لزمته حجة أو عمرة استحساناً والقياس أن لا يلزمه بهذا النذر شيء، لأن النذر إنما يصح بما هو قربة بعينها، والمشي إلى بيت الله تعالى ليس بقربة لعينه بل هو سبب يتوصل به إلى القربة، والنذر بمثل هذا لا يصح كالنذر بالطهارة.

وجه الاستحسان أن هذا اللفظ صار كناية عن إيجاب الإحرام شرعاً وعرفاً أما شرعاً فلما روي أن أخت عقبة بن عامر الجهني نذرت أن تمشي إلى بيت الله تعالى فأمرها رسول الله ﷺ أن تحرم بحجة أو عمرة، وأمّا عرفاً فلأن الناس تعارفوا إيجاب الإحرام عرفاً وشرعاً صار كأنه نص وقال لله علي إحرام وهناك يلزمه إحرام بحجة أو عمرة كذا ههنا ثم يستوي أن يكون الناذر في الكعبة أو خارجاً منها لأنا جعلنا هذه الألفاظ كناية عن الاحرام بالعرف والعرف لا يختلف بكونه في الكعبة أو خارجاً منها.

وهذه المسألة نظير ما إذا قال: لله علي أن أضرب ثوبي خطم الكعبة فإنه يلزمه الصدقة لأنه صار مجازاً عن النذر بالصدقة عرفاً، كذا في مسألتنا.

ولو قال: علي المشي إلى المسجد الأقصى، أو قال: إلى المدينة لا يلزمه شيء، ولو قال أنا أحرم إن فعلت كذا وأنا مُحرم أو أهوي أو أمشي إلى بيت الله وهو يريد أن يُعد من نفسه عدة ولا يوجب شيئاً فليس عليه شيء، لأن هذا وعدٌ بظاهر والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم وإن أراد الإيجاب لزمه، قال: لأن الفعل الذي يفعله الإنسان في المستقبل قد يكون واجباً، وقد لا يكون واجباً، فإذا نوى الإيجاب فقد نوى أحد النوعين، وإن لم تكن له نية ففي القياس لا يلزمه شييگ، وفي الاستحسان: يلزمه ما قال؛ لأن مطلق الكلام يحمل على المتعارف والمتعارف فيما بين الناس أنهم يريدون بهذا اللفظ الإيجاب ومن هذا الجنس مسائل أخرى كتبناها في كتاب المناسك.

وفي «القدوري» إذا قال: إن قدم فلان فللّه عليّ أن أتصدق بهذه الدراهم، ثم قال: إن كلمت فلاناً فللّه عليّ أن أتصدق بهذه الدراهم فكلّم فلاناً وقدم فلان أجزأه أن يتصدق بتلك الدراهم ولا يلزمه غير ذلك، وكذلك لو سمىٰ مكان الصدقة صوم يوم بعينه.

وفي «الجامع» إذا قال: أول كُرّ أشتريه صدقة فاشترىٰ كراً ونصف لم يتصدق بشيء، وهذا بخلاف ما لو قال: أول عبد أشتريه حر فاشترى عبداً ونصف عبد عتق

الكل، وفي الباب الأول من أيمان «الواقعات» إذا قال: لله علي أن أتصدق بدرهم أكر فأخذ إنسان فمه وهو يريد أن يقول: أكر فلان كاركنم فلم يتم الكلام بسبب ذلك، فالأحوط أن يتصدق فرق بين هذا وبين اليمين بالطلاق فلأن هناك إذا وصل الشرط بعدما رفع اليد عن فمه لا يقع الطلاق والفرق أن الطلاق محظور في الأصل، فيكلف لعدمه ما أمكن، وأمكن إعدامه بأن يجعل هذا الانقطاع غير فاصل كالانقطاع الحاصل بالتنفس، وأما الصدقة عبادة فلا يكلف لإعدامها.

إذا قال: إن فعلت كذا فمالي سبيل الله أو قال: كذا من مالي سبيل أو قال: في سبيل الله ذكر القدوري في «شرحه»: أن المراد من قوله ﴿وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ المذكور في آية الصدقة فقراء الغزاة عند أبي يوسف، وعند محمد رحمهما الله الحاج المنقطع غير أن في عرفنا يراد بهذا التصدق فيفتى به بحكم العرف ثم لا يقع الفرق بين قوله ما لي سبيل وبين قوله ما لي في سبيل الله لأن هذا اللفظ صار عبارة عن الصدقة وجهة القربة في الصدقة متعينه، ألا ترى أنه لا فرق بين قوله صدقة وبين قوله صدقة لله نص عليه في كتاب الوقف.

وإذا قال: لله علي أن أعتق هذه الرقبة وهي في ملكه فعليه أن يفي بما نذر فيما بينه وبين الله تعالى وإن لم يقربه فهو آثم ولا يجبره القاضي عليه، نص عليه في أيمان «الكافي»، وفي «الفتاوى» عن محمد بن سلمة فيمن نذر أن يتصدق بماله لا يعطي أباه وولده وهو بمنزلة كفارة اليمين.

وفي «الجامع الأصغر» فيمن حلف بصدقة جميع ماله إن فعل كذا فوهب جميع ماله مسكيناً أو عيناً ففعل ذلك فلا مال له فكفّر بالصوم ثم إن الموهوب له وهب جميع ماله فقد خرج من يده وكفارته . . . . .[1] في كفارة اليمين في يمينه.

والفرق وهو أن الكسوة لغة شرعاً عبارة عن تمليك الثوب قال الله تعالى ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] والمراد منه التمليك حتى لو أعار الثوب من الفقير لا يجوز، ويقال: إن الأمير كَسَى فلاناً ويراد به التمليك، والتمليك من الميت لا يتحقق فلا يتحقق شرط الحنث فأما الإلباس عبارة عن ستر العورة ومواراة النفس وذلك متصور بعد الموت فتحقق شرط الحنث.

ولو حلف لا يدخل على فلان بيتاً فدخل عليه بيتاً بعدما مات لا يحنث في يمينه لأن الدخول على فلان أن يقصده بالدخول إما لتعظيمه وإكرامه وإما لإيذائه وإهانته، ولا يتحقق كلاهما بعد الموت فلا يوجد معنى الدخول عليه ولأن الدخول على فلان متى أطلق فإنما يراد به عرفاً الدخول عليه بإذنه والإذن منه بعد الموت لا يتحقق، ولو سبق الإذن قبل الموت يبطل بالموت. فعلى قياس هذه العلة لو دخل عليه حال حياته بغير إذنه لا يحنث في يمينه، وعلى قياس العلة الأولى يحنث لأن معنى الإكرام والإيذاء قد حصل

(١) بياض بالأصل.

وإن كان [١٤١٢أ/١] الدخول عليه بغير إذنه.

ولو حلف لا يحمل فلاناً فحمله بعد ما مات يحنث في يمينه لأنه وجد الحمل بصورته وبمعناه لأن معنى الحمل صيرورته محمولاً وقد وجد وكمل الشرط فيحنث.

ولو حلف لا يكلم فلاناً أبداً أو كلّمه بعد ما مات لا يحنث في يمينه لأن معنى الكلام لم يوجد إن وجد صورته، لأن معنى الكلام إفهام الغرض وذلك بالإسماع وإنه لا يتحقق بعد الموت فلا يكمل شرط الحنث.

فإن قيل أليس رسول الله ﷺ كلّم الموتىٰ فإنه روي عن قتلى بدر من المشركين لما أُلقوا في القليب قام رسول الله ﷺ على رأس القليب وقال: «هل وجدتم ما وعدكم ربكم حقاً»[١] وهذا تكلم مع الموتى، قلنا: هذا الخبر غير ثابت فإنه روي عن عائشة رضي الله عنها أنه لما بلغها هذا الحديث قالت كذبتم على رسول الله فإن الله تعالى يقول: ﴿إِنَّكَ لَا تُسْمِعُ ٱلْمَوْتَىٰ﴾ [النمل: ٨٠] ولو ثبت هذا فتأويله أن رسول الله ﷺ أراد به التكلم مع أصحابه الأحياء، فإنه كان وعد لأصحابه النصرة وكان أخبرهم أن فلاناً يقتل ويصرع موضع كذا وفلاناً ويقتل ويصرع في موضع كذا، فإنما أراد تحقيق ما وعد له من النصرة، أو يحتمل أن الله أقدره على إسماعهم معجزة له إما بواسطة خلق الحياة فيهم أو بغير واسطة كما أقدر عيسى صلوات الله عليه على إحياء الموتى، وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه في حقنا.

ولو حلف لا يجامع فجامعها بعد الموت لا يحنث في يمينه لأنه إن وجد صورة الجماع وهو إدخال الفرج لم يوجد معناه، لأن معنى الجماع التلذذ من الجانبين وإنه فائت من الجانبين لفوات المعنى الذي يحصل به التلذذ. ولو حلف لا يقبّل فلانة فقبّلها بعد الموت لا يحنث في يمينه لأنه إن وجد صورة التقبيل لم يوجد معناه وهو التلذذ.

فإن قيل: التقبيل مما يشترك الحي والميت، ألا ترى إلى ما روي أن رسول الله ﷺ «قبل بين عيني عثمان بن مظعون بعدما مات»[٢] وألا ترى إلى ما روي أن رسول الله ﷺ لما توفي ومضى إلى الجنة قبّله أبو بكر رضي الله عنه[٣].

قلنا: التقبيل قد يكون للتلذذ وقضاء الشهوة، وقد يكون لتعظيم المفعول به وتبجيله حقاً لله تعالىٰ كما نقبل يد العالم ووجهه تعظيماً له حقاً لله تعالى، وقد يكون لشفقة بالمفعول به كما يقبل الرجل ولده شفقة عليه، وقد يكون للتحزن بالمفعول به، فإن الإنسان قد يقبل ولده تحزناً عليه متى أصابه بلاء إلا أن التقبيل المضاف إلى المرأة لا

---

(١) أخرجه البخاري في الجنائز حديث ١٣٧٠، ومسلم في الجنة حديث ٢٨٧٥، والنسائي في الجنائز حديث ٢٠٧٤.

(٢) انظر الترمذي في الجنائز باب ١٤، وابن ماجه في الجنائز باب ٧، وأحمد في المسند ٦/ ٤٣، ٥٥، ٢٠٦.

(٣) انظر البخاري في المغازي باب ٨٣، والطب باب ٢١، والترمذي في الجنائز باب ١٤، والنسائي في الجنائز باب ١١، وابن ماجه في الجنائز باب ٧، وأحمد في المسند ٦/ ٥٥.

يراد به إلا التلذذ واقتضاء الشهوة عادة، ومحمد رحمه الله وضع المسألة في المرأة حتى لو كان إلى الولدة أو إلى العالم لا يتقيد بحالة الحياة، وإذا قبله (القاضي الإمام أبو الهيثم عن القضاة الثلاثة)(١)، ومن المشايخ من قال: كيف ما كان لا يحنث في يمينه إذا قبل بعد الموت؛ لأن الأوهام لا تتسارع إلى تقبيل الميت بحال من الأحوال، وإذا ذكر التقبيل يراد به عرفاً وعادة التقبيل حالة [الحياة] والمعروف كالمشروط.

ولو حلف لا يمس فلاناً فمسه بعد الموت يحنث في يمينه؛ لأن المس يتحقق بعد الموت بصورته وبمعناه؛ لأن معنى المس صيرورة المحل ممسوساً وإنه يتحقق في الحي وغيره يقال: فلان مسّ الحائط، وقال الله تعالى خبراً عن الجن: ﴿وَأَنَّا لَمَسْنَا ٱلسَّمَآءَ﴾ [الجن: ٨] والرؤية على حالة الحياة والممات جميعاً، وقد مرّت مسألة الرؤية من قبل.

الفصل الثالث والعشرون
في الحنث ما يقع على الأبد وما يقع على الساعة

قال محمد رحمه الله إذا قال الرجل: إن صمت الأبد فعبدي حر لا يحنث في يمينه ما لم يصم العمر كلّه حتى يموت، فإذا مات ولم يفطر يوماً حنث في يومه، ولو قال: إن صمت أبداً فعبدي [حر] فصام يوماً حنث في يمينه.

والفرق بينهما: أن القياس في قوله أبداً أن لا يحنث ما لم يصم العمر كلّه كما في قوله الأبد، ألا ترىٰ أن في الشهر لا فرق بين أن يذكره منكراً وبين أن يذكره معرفاً، إلا أنا تركنا القياس في المنكر بعرف الاستعمال، فإن الأبد متى ذكر منكراً في مقام النفي يراد به في عرف الاستعمال تأكيد ما ثبت بالنفي الأول مثل قط وما أشبه ذلك، ولا يراد به الوقت بقول الرجل ما فعلت كذا قط ولا أفعل كذا أبداً ويصح دخوله على الوقت من غير أن يبطل به الوقت بقول الرجل: إن صمت يوماً أبداً وقد تأيّد ههنا العرف بالشرع قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُصَلِّ عَلَىٰٓ أَحَدٍ مِّنْهُم مَّاتَ أَبَدًا﴾ [التوبة: ٨٤] معناه: ولا تصل قط، وكذا ههنا معنى قوله: إن صمت قط، ولو قال هكذا يحنث بصوم ساعة؛ لأن الصوم تعرى عن الوقت، والصوم إذا ذكر متعرياً عن الوقت ينصرف إلى أدنى ما ينطلق عليه الاسم وهو صوم ساعة إلا أن محمداً رحمه الله وضع المسألة في اليوم تحرزاً عن تسبب الحالف إلى مباشرة أمر مكروه شرعاً وهو الإفطار في وسط اليوم وذكر اليوم لهذا، لا لأن الحنث موقوف على صوم اليوم.

وهذا معدوم فيما إذا ذكر الأبد معرفاً بالألف واللام بل العرف هناك بخلافه لأن الأبد متى ذكر معرفاً يراد به الوقت وهو العمر، فصار كأنه قال: إن صمت العمر، وهناك لا يحنث ما لم يصم جميع [٤١٢ب/١] العمر كذا ههنا، ثم في قوله إن صمت الأبد لا

(١) كذا العبارة بالأصل ولعل هناك سقط من قلم الناسخ.

يحكم بحنث ما دام حيّاً؛ لأن شرط البر موهوم ما دام حيّاً بأن يفطر يوماً، فإذا انتهى إلى آخر جزء من أجزاء حياته وهو صائم ومع اليأس عن البر، فتحقق شرط الحنث ويعتق العبد في آخر جزء من أجزاء حياته والعتق في هذه الحالة وصية فتعتبر من الثلث.

وأما إذا قال: إن صمت شهراً إن صمت الشهر، لا يحنث ما لم يصم جميع الشهر، لأن الشهر يذكر لبيان الوقت منكراً كان أو معرفاً، لا لتأكيد فصار كالأبد إذا كان معرفاً، ولو قال: إن كلمتك أبداً إن كلمتك الأبد إن جالستك أبداً، أو قال: الأبد إن ضربتك إن شاركتك إن ساكنتك إن بعتك شيئاً، وذكر الأبد معرفاً أو منكراً فهذا كلّه سواء في هذه الوجوه لو فعل شيئاً من ذلك ساعة يحنث في يمينه، لا لأن الأبد معرف لم يصر عبارة عن الوقت في هذه المسائل، بل المعرف للوقت والمنكر لتأكيد النفي في هذه المسائل كما في المسألة المتقدمة؛ لأن الوقت إذا قرن بهذه الأفاعيل لا يراد به تقدير هذه الأفاعيل بالوقت، وإنما يراد به تقدير الحرمة الثابتة باليمين به فبقي الفعل متعرياً عن الوقت، فينصرف إلى أدنى ما ينطلق عليه اسم ذلك. بخلاف الصوم فإن الصوم إذا ذكر مقروناً بالوقت يراد به تقدير الصوم بذلك.

وكذا قال لغيره: إن لم أساكنك شهراً من حين حلف، لأن اليمين وإن عقدت على النفي صورة فقد عقدت على الإثبات معنى فإن تقدير يمينه: أساكنك هذا الشهر فإن لم أساكنك فعبدي حر، فكان البر متعلقاً بالمساكنة، والحنث بترك المساكنة، ولو تعلق الحنث بالمساكنة بأن قال: إن ساكنتك شهراً حنث بوجود المساكنة في ساعة، فإذا تعلق البر بالمساكنه وجب أن يثبت البر بالمساكنة ساعة.

ويعتبر الشهر من وقت اليمين؛ لأن اليمين عقدت على النفي صورة فتعتبر بما لو عقدت على الإثبات صورة بأن قال: إن ساكنتك شهراً وهناك تعتبر المدة من وقت اليمين كذا هنا، فإن لم يساكن فلاناً حتى مضى شهر من وقت اليمين إلا أنه لم يحول رَحْلَه ومتاعه من المكان الذي يسكنان فيه لا يحنث في يمينه، لأنه ما دام رحله ومتاعه ثمة يعتبر ساكناً فيه، وقد ذكرنا جنس هذا في مسائل السكنى.

ذكر القدوري في «شرحه» أصلاً فقال: اليمين إذا عقدت على نفي فعل في زمان مقدّر حنث بوجود الفعل في جزء منه وإن عقدت على الفعل مؤقتاً، فإذا كان يمكن تحقيق الفعل في كل الوقت فهو على ذلك، وإن كان لا يمكن المداومة عليه حُمل على الممكن، وبنى على هذا الأصل مسائل فقال: روي عن محمد رحمه الله فيمن حلف ليصومن الأبد فهو على الأبد.

ولو حلف لا يسكن هذه الدار فهو على أن يسكن ساعة، يريد به: إذا سكن ساعة يحنث في يمينه، لأن اليمين عقدت نفي الفعل فلا يتحقق البر إلا بانعدامه في جميع المدة، ولو قال: لأسكنها الأبد فهو على سكنى الأبد كالصوم.

ولو قال: لأجالسن فلاناً الأبد قال يجالسه حتى يعرف بمجالسته إلى الممات لأنه لا يمكن أن يجالسه من غير مفارقة فلم يحمل اليمين عليه وإنما يحمل على مداومة

المجالسة في الأوقات التي يجالس في مثلها.

وكذلك إذا حلف ليكلمنه الأبد فهذا على أن لا يمتنع من كلامه إذا التقيا لأنه لا يمكن مواصلة الكلام أبداً فحمله على المتعارف، وهو: الكلام حالة الالتقاء، وإذا حلف لا يكلمه الأبد فإن كلمه حنث، وإن عنى به المداومة على الكلام لم يدين في القضاء.

الفصل الرابع والعشرون
في الحلف على البواطن والضمائر

إذا قال لامرأته: إن كنت تحبيني، أو قال: تبغضيني فأنت طالق، فقالت: أنا أحب أو أبغض وكذبها الزوج وقع الطلاق عليها، وكذلك إذا قال: إن كنت تحبين أن يعذبك الله وما أشبه ذلك، فقالت: أنا أحب العذاب، وقع الطلاق عليها، وهذا لأن المحبة أمر باطن لا يوقف عليها، ولها سبب ظاهر يدل عليها وهو الإخبار فيسقط اعتبار حقيقة المحبة ويتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو الإخبار كأنه قال لها: إن قلت إني أحب العذاب، إني أحبك، إني أبغضك فأنت طالق، فإذا قالت: أحب فقد أتت بما هو الشرط ولو قيّد بالقلب فقال: إن كنت تحبيني بقلبك أو تحبين أن يعذبك الله بقلبك، فأخبرت بذلك كاذبة وقع الطلاق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ومحمد رحمه الله لا يقع، قال: لأنه لما نص على القلب فقد علق الطلاق بوجود حقيقة المحبة وقطع الحكم عن الإخبار، ولهما أن المحبة عمل القلب لا تقوّم إلا بالقلب فصار التنصيص على القلب وعدم التنصيص سواء.

وفي «المنتقى» رواية مجهولة إذا قال لامرأته: إن كنت أهوى طلاقك فأنت طالق، وقد كان يهوىٰ قلبه طلاقها قال الحاكم أبو الفضل: هذا خلاف ما ذكر في «الجامع»، ولو قال لها: إن كنت تهوين الطلاق فأنت طالق، فهذا على الكلام منها بأنها تهوى. قال ثمة: إذا حلف على نفسه فهو على الهوى بالقلب، وإذا حلف على غير نفسه فهو على القول.

وفي «نوادر هشام» عن محمد رحمه الله إذا قال لامرأته: إن أحببتك فأنت طالق، فإن أحبها بالقلب طلقت، ولو قال: إن أحببت طلاقك فهذا يحتاج له إلى أن يتكلم، ولا ينظر فيه إلى محبة القلب، وعن محمد أيضاً فيمن قال لامرأته: أنت طالق إن أرىٰ قال: لا يقع عليها الطلاق ما لم يقل ذلك: أنا أرى.

إذا قال لامرأته: إن لم تكوني حاملاً فأنت طالق ثلاثاً روىٰ ابن سماعة عن محمد رحمه الله: أنها إذا جاءت بولد لأقل من [٤١٣أ/ ١] سنتين بيوم لم تطلق في الحكم، وإن جاءت به لأكثر من سنتين بيوم طلقت وليس [له] أن يقربها حاضت أو لم تحض لجواز أنها لا تكون حاملاً.

إذا قال لها: أنت طالق إن أحببتني أو أبغضتني، فهذا على الأمرين في المجلس إنها طلقت به، وإن قامت عن المجلس قبل أن تقول شيئاً لا تطلق. ولو قال لها: أنت إن

أحببتني وأبغضتني لم تطلق بهذه اليمين أبداً لأن هذا على الكلام فيها في المجلس والتكلم بهما شرط والتكلم بهما في مجلس واحد غير ممكن.

وإذا قال لامرأتين له: أشدكما حباً لي طالق فله أن يكذبهما، وكذلك إذا قال إن كان أبوك يهودياً ذلك وله أن يكذبها وكذلك إذا قال لها: أنت طالق إن كان فلان مؤمناً لأن هذا لا يعلم إلا هزالاً، وإن كان ذلك الرجل ابن مسلمين يصلي ويحج تطلق امرأته، قال لامرأته ولم يدخل بها: إذا حضت فأنت طالق فقالت: حضت تزوجت بزوج آخر من ساعتها وماتت، فالميراث للأول دون الثاني لأني لا أدري أكان ذلك حيضاً أو لم يكن، إذا قال لامرأته: إن كنت حائضاً فأنت طالق فقالت لست بحائض وهي كاذبة تطلق ولا يسعها أن تقيم معه.

وفي «نوادر هشام» قال: سألت محمداً عن جارية هي ابنة أقل من خمسة عشر وهي في خلق تام طلقها زوجها فقالت: أنا أحيض، أو غلام ابن أقل من خمسة عشر في خلق تام وقد أخضر شاربه ونبتت عانته قال قد احتلمت قال لا يقبل قولهما فيه.

وفي «العيون» أنه يقبل قولهما فيه، وفي «المنتقى» رواية مجهولة أنه يصدق الجارية ولا يصدق الغلام، قال لأن الغلام ينظر إليه كيف يخرج منه المني ولا يستطاع ذلك في الجارية. وفي «الجامع الأصغر» أن الشهادة على الاحتلام مقبولة.

وروى بشر عن أبي يوسف إذا قال لامرأته: إن كنت حضت في الشهر الماضي فأنت طالق فقالت: قد حضت لم تصدق وإن لم يوقت وقتاً وهي ممن يحيض فقال: إن كنت حضت فيما مضى أو حضت فيما تستقبلين فأنت طالق فالقول قولها في ذلك.

بشر عن أبي يوسف في رجل قال لامرأته: إذا طلقتك فامرأتي الأخرى فلانة طالق ثم قال لامرأته: إذا ولدت فأنت طالق فقالت: ولدت وأنكر الزوج الولادة فجاءت بامرأة تشهد على الولادة فإني أجعله ابنه ولا تطلق فلانة حتى يشهد بذلك شاهدان قال الحاكم أبو الفضل: هذا الجواب عن أبي يوسف خلاف ما عرف عنه في «الأصل».

وفي «المنتقى» إذا قال لامرأته: إن شئت فأنت طالق واحدة، وإن لم تشائي فأنت طالق ثنتين فقامت عن المجلس ولم تقل شيئاً طلقت ثنتين لأنها لم تشأ. ولو قال لها: إن أحببتني فأنت طالق واحدة وإن أبغضتني، فأنت طالق ثلاثاً فقامت ولم تقل شيئاً لم تطلق، هكذا ذكر في «المنتقى» علل فقال: لأنها لم تحبه ولم تبغضه فالإنسان قد لا يحب شيئاً ولا يبغضه فبين المحبة والبغض منزلة أخرى وليس بين المشيئة وغير المشيئة منزلة أخرى.

الفصل الخامس والعشرون
في النذور

إذا حلف على نفسه حجاً أو عمرة أو صوماً أو صلاة أو ما أشبه ذلك مما هو طاعة الله فهذا على وجهين: إما إن كان النذر مرسلاً غير معلق بالشرط، وفي هذا الوجه يلزمه

الوفاء بما سمىٰ لا تنقصه الكفارة بلا خلاف.

وأما إذا كان النذر معلقاً بالشرط وإنه على وجهين أيضاً: إن كان شرطاً يريد وجوده إما لجلب منفعة أو لدفع مضرّة بأن قال: إن شفى الله مريضي، إن ردّ الله غائبي، إن مات عدوّي فعلي صوم سنة، فوجد الشرط يلزمه الوفاء بما سمىٰ ولا يخرج عن العهدة بالكفارة أيضاً بلا خلاف.

وإن كان شرطاً لا يريد وجوده فعليه الوفاء بما سمّىٰ أيضاً في ظاهر رواية أصحابنا، وروي عن أبي حنيفة رجع عن هذا، وقال: هو بالخيار إن شاء خرج عنه بغير ما سمىٰ وإن شاء خرج عنه بالكفارة، وهكذا روي عن محمد رحمه الله أيضاً، ومشايخ بلخ كانوا يفتون بهذه الرواية، وهو اختيار الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد وشمس الأئمة السرخسي والصدر الكبير برهان الأئمة[1] رحمهم الله، وبه ورد الأثر عن بعض الصحابة.

وجه «ظاهر الرواية» ظاهر إن هذا نذر لو أرسله كان عليه الوفاء بما سمىٰ، فكذا إذا علقّه قياساً على ما لو علّقه بشرط يريد كونه والمعنى فيه: أن أثر التعليق في تأخير الحد لا في تغييره كما في اليمن بالطلاق والعتاق وجه قول أبي حنيفة آخراً وهو رواية، محمد رحمه الله أن النذر المعلق بشرط لا يريد كونه يمين من وجه نذر من وجه، يمين باعتبار الشرط؛ لأن الشرط مذكور عنه في هذا النذر مراراً عما يلزمه حقاً لله على الخصوص كما أن الشرط في اليمين بالله تعالى مذكور عنه وزاد عما يلزمه من الكفار نذر باعتبار الجزاء، فإن الجزاء صلاة أو صوم كما في النذر المعلق بشرط يريد كونه فكان نذراً من وجه يميناً من وجه، ولا رحجان لأحد الجانبين على الآخر، لأن اليمين يتم بالشرط والجزاء جميعاً، والجمع بين الموجبين وهو الكفارة مع الوفاء بما سمىٰ متعذر فوفرنا على الشبهين حظهما من حيث التخيير.

وفي «نوادر هشام» عن محمد فيمن قال: إن شفىٰ الله مريضي، أو قال: إن رد غائبي علي صمت شهراً، أو قال: أعتقت مملوكاً، أو قال: حججت حجة ثم عوفي مريضه ورد عليه غائبه، فهذا عدة إن وفى بها فهو أفضل وإن لم يفِ فلا حرج وقد ذكرنا هذه المسألة في كتاب الصوم عن أبي يوسف على هذا الوجه [٤١٣ب/ ١] قال الحاكم أبو الفضل: هذا خلاف ما في «الأصل».

---

(١) الصدر الكبير برهان الأئمة: هو عمر بن برهان الدين الكبير عبد العزيز بن عمر بن مازه، حسام الدين أبو محمد الفقيه الخراساني الحنفي الشهيد، ولد سنة ٤٨٣هـ، وتوفي شهيداً بسمرقند سنة ٥٣٦هـ، من تصانيفه: «الأجناس» المعروف بالواقعات في الفروع، «أصول الفقه»، «الجامع الصغير» في الفروع، «شرح أدب القاضي لأبي يوسف»، «شرح أدب القضاة للخصاف»، «شرح الجامع الصغير للشيباني» في الفروع، «شرح الجامع الكبير للشيباني»، «عمدة المفتي والمستفتي»، «فتاوى الصغرى»، «فتاوى الكبرى»، «كتاب البيوع»، «كتاب التراويح»، «كتاب التزكية»، «كتاب طبيخ العصير»، «كتاب النفقات»، (كشف الظنون ٥/ ٧٨٣، سير أعلام النبلاء ٢٠/ ٩٧، معجم المؤلفين ٧/ ٢٩١، الأعلام ٥/ ٥١).

وإذا نذر بصوم شهر بعينه بأن نذر صوم رجب مثلاً وجب عليه أن يصوم متتابعاً نص على التتابع أو لم ينص على التتابع، لأن رجب اسم لزمان متتابع، فإذا التزم صومه وهو متتابع يلزمه كذلك، وإن أفطر يوماً قضاه ولا يلزمه الاستقبال وإن وجب عليه متتابعاً؛ لأن التتابع ههنا وجب لتتابع الوقت لا الشرط، أما إذا لم ينص على التتابع فظاهر، وأما إذا نص عليه لأن هذا التنصيص لغو ههنا، ألا ترى أنه يلزمه التتابع وإن لم ينص عليه، وإذا كان لزوم التتابع بحكم تتابع الوقت ترك منزلة صوم رمضان وهناك لا يلزمه الاستقبال، فههنا كذلك، أما لو ألزمناه الاستقبال حصل جميع الصوم في غير الوقت المضاف إليه النذر، ولو ألزمناه القضاء لا غير حصل بعض الصوم في غير الوقت المضاف إليه النذر وكان هذا أولى.

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: وإن أراد بقوله لله علي اليمين كفّر يمينه مع قضاء ذلك، والمسألة قد مرت في كتاب الصوم بتمامها. وإذا قال: لله علي دخول الدار ونوى اليمين كان يميناً، وإن لم تكن له نيّة لا يكون نذراً؛ لأن المنذور به ليس بعبادة. ومن شرط صحة النذر أن يكون المنذور عبادة ولا يكون يميناً أيضاً، وكان ينبغي أن يكون يميناً لأنه تعذر العمل بحقيقته فيجعل مجازاً عن اليمين كيلا يلغو، قلنا اللفظ إنما يحصل مجازاً عن الغير إذا لم يمكن العمل بحقيقته بوجه ما، وههنا أمكن العمل بحقيقته من وجه؛ لأن حكم النذر متى صح وجب الوفاء بالمنذور به، وفي الإيجاب معنى الندب وهنا يندب إلى الدخول تحقيقاً للوفاء فلا حاجة إلى جعله مجازاً عن اليمين.

وإذا قال: إن فعلت كذا فألف درهم من مالي صدقة ففعل وهو لا يملك إلا مائة درهم، فإنه يلزمه التصدق بما يملك وهو قدر مائة لا غير، قال الصدر الشهيد رحمه الله في «واقعاته»: هو المختار، وهذا لأن النذر فيما زاد على المائة لم يحصل في الملك ولا مضافاً إلى سبب لملك فلا يصح كما لو قال: ما لي في المساكين صدقة ولا مال له.

وإذا قال: لله علي أن أهدي هذه الشاة وهي مملوكة للغير لا يصح ولا يلزمه شيء، ولو قال: والله لأهدين هذه الشاة ينعقد يمينه لأن محل اليمين خبر فيه رجاء الصدق وذلك بكون الفعل ممكناً في الجملة بخلاف النذر، لأن محل النذر فعل هو قربة وإهداء شاة الغير ليس بقربة فلا ينعقد نذره، فإن عنى بقوله: لله علي اليمين ينعقد يميناً وتلزمه الكفارة بالحنث، ألا ترى إلى ما ذكر الطحاوي أنه إذا أضاف النذر إلى سائر المعاصي وعنى به اليمين بأن قال: لله علي أن أقتل فلاناً أو ما أشبه ذلك كان يميناً وتلزمه الكفارة بالحنث، ذكره شمس الأئمة السرخسي في أول شرح كتاب الأيمان.

إذا قال الرجل: لله علي إطعام المساكين، أو قال: إطعام مساكين فإن أبا حنيفة قال هذا على عشرة في الوجهين جميعاً، هكذا ذكر في أيمان «الجامع» وهذا استحسان لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى وأقل الطعام المقدر بالمساكين في إيجاب الله طعام عشرة مساكين كما في كفارة اليمين، فإذا أبهم عدد المساكين أخذ بمقدار منه ثم رجع في بعض النُّسخ قول أبي حنيفة خاصة ووقع أن عند أبي يوسف ومحمد يرجع في البيان إلى

الناذر، ووقع في بعضها قول أبي يوسف ومحمد مع أبي حنيفة وهو الصحيح، وقد مرّت هذه المسألة في كتاب الزكاة من هذا الكتاب.

ولو قال: لله علي طعام مسكين ولا نيّة له، فالقياس أن يرجع في البيان إليه، وفي الاستحسان يلزمه نصف صاع من حنطة أو صاعاً من تمر أو شعير لأن طعام المسكين الواحد في الشرع مقدر بما قلنا كما في كفارة اليمين.

ولو قال: لله علي عتق فعلى قول أبي يوسف ومحمد الإعتاق لا يتجزأ وذكر بعض ما لا ينجزأ ذكر للكل فيلزمه عتق رقبة قياساً واستحساناً، وعند أبي حنيفة الإعتاق يتجزأ ويرجع في البيان إليه قياساً، وفي الاستحسان يلزمه عتق رقبة؛ لأن أقل ما وجب بإيجاب الله تعالى من الإعتاق إعتاق رقبة واحدة، فكذا ما يجب بإيجاب العبد.

ولو قال: لله علي صوم فعليه صوم يوم واحد هكذا ذكر في «الجامع»، ولو قال: صيام لم يذكر هذه المسألة في «الجامع»، وذكر في «الأمالي» عن أبي يوسف أنه يلزمه صوم ثلاثة أيام.

وإذا قال: لله علي أن أطعم عشرة مساكين ولم يسمِّ فأطعم خمسة لم يجز يريد بقوله ولم يسمّ مقدار الطعام، لأن هذا على عدد المساكين لأنه سمى عدد المساكين ولم يسم مقدار الطعام. ولو قال: لله عليّ أن أتصدق بهذا الدرهم على مساكين فتصدق على واحد أجزأه، لأن هذا على قدر المال لا على عدد المساكين.

ولو قال: لله عليّ أن أطعم هذا المسكين هذا الطعام بعينه وأعطى ذلك الطعام مسكيناً آخر أجزأه، والأفضل أن يعطيه ذلك المسكين، وقد ذكر في كتاب الزكاة من هذا الكتاب بخلاف هذا، ولو قال: لله علي أن أطعم هذا المسكين شيئاً ولم يعين ذلك فلا بدّ وأن يطعم ذلك المسكين شيئاً.

ولو قال: لله علي طعام عشرة مساكين وهو لا ينوي عشرة، وإنما ينوي أن يعطي واحداً ما يكفي عشرة أجزأه، ولو قال: لله عليّ إطعام العشرة لم يجز إلا أن يصرف إلى [٤١٤أ/ ١] عشرة، وهذه الجملة في «المنتقى».

روى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنه إذا قال: لله عليّ طعام عشرة مساكين أو قال: لله عليّ إطعام عشرة مساكين فهو سواء لا يجزئه أن يطعمهم إلا ما يطعم في كفارة اليمين.

وعن أبي يوسف أنها إذا قال: إطعام عشرة مساكين فكما قال أبو حنيفة وإذا قال: إطعام عشرة مساكين فيطعمهم ما شاء ولو لقمة، وفي «المنتقى»: إذا قال: لله عليّ عتق نسمة وأعتق رقبة لم يجز، ولو قال: والله إن أعتق نسمة فأعتق عُمياء برّ في يمينه، وهو نظير ما لو قال: لله علي أن أهدي شاة فأهدى شاة عمياء أو قال: والله أن أهدي شاة، فأهدى شاة عمياء. وذكر عيسى بن أبان في «نوادره»، وابن سماعة في الوصايا عن محمد: فيمن نذر بعتق عبد بعينه وباعه: فإن عليه أن يشتريه ويعتقه، فإن فاته ولم يقدر على شرائه فليس عليه شيء ويستغفر الله تعالى ولا يجزئه أن يتصدق بقيمته أو ثمنه.

قال في «الجامع» إذا قال الرجل: إن كان ما في يدي دراهم إلا ثلاثة دراهم فجميع ما في يدي صدقة في المساكين، فإذا في يده خمسة دراهم أو أربعة دراهم لا يلزمه التصدق بشيء، ولو كان في يده ستة دراهم فصاعداً لزمه التصدق بجميع ما في يده، والوجه في ذلك أن ثلاثة دراهم مستثناة عن اليمين فلا يعتبر شرطاً للحنث إنما يعتبر شرط الحنث فيما وراء الثلاثة، وشرط الحنث فيما وراء الثلاثة أن تكون الدراهم، فإذا كان في يده خمسة دراهم أو أربعة فما وراء الثلاثة ليس بدراهم فلم يوجد شرط وجود التصدق، وإذا كان في يده ستة دراهم فما وراء الثلاثة دراهم، فتحقق شرط وجوب التصدق.

ولو قال: إن كان كفارة اليمين ما ذكر الله تعالى ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَـٰنِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥] الآية. بعد هذا ينظر إن كان الحالف موسراً، فكفارته أحد الأشياء الثلاثة ولا يجزئه الصوم وإن كان معسراً فكفارته الصوم، وحد اليسار في كفارة اليمين أن يكون له فضل عن كفافه مقدار ما يكفر به يمينه وهذا إذا لم يكن في ملكه غير المنصوص عليه، وأما إذا كان في ملكه غير المنصوص عليه بأن كان في ملكه عبد واحد أو كسوة عشرة مساكين أو طعام عشرة مساكين لا يعتبر اليسار والعسار، ولا يجزئه الصوم؛ لأن الله تعالى شرع الصوم في حق من لا يقدر على التكفير بأحد الأشياء الثلاثة، وهذا قادر على ذلك فلم يكن التكفير بالصوم مشروعاً في حقه، وإن لم يكن في ملكه غير المنصوص عليه حينئذ يعتبر اليسار والعسار، وقد كتبنا في كفارة الظهار أنْ من ملك رقبة لزمه العتق وإن كان يحتاج إليها ففي كفارة اليمين كذلك يكون.

وعن أبي يوسف إذا كان للرجل فضل عن مسكنه عن الكفاف، أو فضل عن كسوته، أو خدمه عن الكفاف، فعليه الطعام في كفارة اليمين ولا يجزئه الصوم ويعتبر أن يكون ذلك الفضل مئتي درهم فصاعداً في رواية، وفي رواية مقدار ما يشتري به طعام عشرة مساكين.

وبنحوه روى الحسن في «المجرد» عن أبي حنيفة قال: إذا كان للرجل قدر ما يشتري به طعام عشرة مساكين ليس له غيره لم يجزئه الصوم، وعن ابن مقاتل أن من له قوت يوم وليلة لا يجزئه الصوم في كفارة اليمين إن كان الطعام الذي عنده مقدار طعام عشرة مساكين، وقيل: إن كان عنده أقل من قوت شهر جاز له أن يصوم.

وعن محمد إذا وجبت عليه كفارة يمين وهو ممن يعمل بيده يحبس قوت يوم، وإن كان ممن لا يعمل بيده يحبس قوت شهر، وعن أبي يوسف إذا كان عليه ثياب البدن، وليس له مسكن ويسأل الناس ما يأكل وكان له خادم لا يجوز له الصوم في كفارة اليمين، فعلى هذه الرواية لم يعتبر الفضل عن الكفاف في الخدمة، فهذه الرواية مخالفة لما روينا عنه قبل هذا.

قال أبو يوسف: وكذا إذا لم يكن عنده إلا قدر طعام تجوز به الكفارة أو دراهم أو دنانير مقدار ما يشتري ذلك به لا يجزئه الطعام، وهذه الرواية تؤيد قول ابن مقاتل، ولو كان له عروض أو أواني ما يبلغ قيمته الطعام جاز له الصوم ما لم يكن فضل على الكفاية

مقدار ما يبلغ قيمة الطعام وإن كان له مال غائب أوله ديون على الناس ولا يجد ما يعتق ولا ما يكسو ولا ما يطعم أجزأه الصوم، هكذا ذكر محمد رحمه الله قالوا: وتأويله في مسألة الغيبة إذا لم يكن في ماله الغائب مملوك يجزىء عن الكفارة، أما إذا كان في ماله الغائب مملوك يجزىء عن الكفارة لا يجزئه الصوم، لأن التكفير بالصوم شرع في حق من لا يقدر على التكفير بأحد الأشياء الثلاثة، والغيبة تنافي القدرة على الإكساء والإطعام، أما لا تنافي القدرة على الإعتاق، وتأويله في مسألة الدين إذا كان الدين على معسر لا يقدر على الأداء أما إذا كان الدين على مليء يقدر على الآداء فإن تقاضاه قدر عليه لم يجز الصوم، كذا روى ابن سماعة عن محمد، وكذلك قال في المرأة إذا لزمها الكفارة ولا مال لها ولها على الزوج المهر وزوجها قادر على الأداء إلا إذا أخذته بذلك لم يجزئها الصوم.

ولو كان له مال وعليه ديون كثيرة مثل ماله أو أكثر أجزأه الصوم بعد ما يقضي دينه من ذلك المال، هكذا ذكر محمد رحمه الله في «الأصل» وهذا ظاهر، لأنه كفّر بالصوم وهو غيرقادر على التكفير بأحد الأشياء الثلاثة.

وأما قبل قضاء الدين هل يجزئه الصوم؟ اختلف المشايخ فيه، وإنما اختلفوا لأن محمداً رحمه الله ذكر في «الأصل» ما يدل على القولين إنما الذي يدل على عدم الجواز شرطه، وهو بعد ما يقضي دينه من ذلك المال، وأما الذي يدل على الجواز تعليله في المسألة، فإنه قال: لأن مال الصدقة تحل لهذا.

وفي «المنتقى» رواية إبراهيم عن محمد رحمه الله إذا كان على [٤١٤ب/ ١] الرجل عشرة دراهم دين وعنده عشرة دراهم عين وعليه كفارة يمين قال لا يجزئه الصوم، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: إذا كان على الرجل دين كثير وله ما يقدر على أن يطعم به لم يجزئه الصوم، وإنما يعتبر اليسار والعسار عندنا حالة الأداء، حتى إذا حنث وهو معسر وأخر الصوم حتى أيسر وأضاف عبداً، فإنه لا يجزئه الصوم بلغنا ذلك عن ابن عباس وإبراهيم النخعي، ثم إذا حنث واختار التكفير بالاعتاق، فإنما يجزىء في الاعتاق ما يجزىء في كفارة الظهار وقد مرّ الكلام في كفارة الظهار في كتاب الطلاق.

وإذا كان العبد بين رجلين فأعتقه أحدهما عن كفارة ليمينه، فالجواب في كفارة اليمين نظير الجواب في كفارة الظهار، ولو أعتق عبداً عن كفارة يمينين أجزأه أن يجعله عن أحديهما عند علمائنا الثلاثة كما في كفارة الظهار، ولو وجب كفارتان أو ثلاثة عن اليمين فأعتق ثلاث رقاب ينوي عند إعتاق كل رقبة أن يكون عن الكفارة ولم ينو رقبة بعينها عن كفارة بعينها جاز عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله على نحو ما ذكرنا في كفارة الظهار. وإن اختار التكفير بالإطعام فكفارة اليمين تكون كذلك، ومن جملة ما لم يذكر ثمة إذا وضع من عليه كفارة اليمين خمسة أصْوُع من طعام بين عشرة مساكين فاستلبوه أجزأه عن مسكين واحد؛ لأنه لا يخلو من أن يكون أخذ واحد منهم نصف صاع. وأن اختار التكفير بالكسوة كسا عشرة مساكين والكسوة لكل مسكين إزار أوجبّة أو قميص أو

قباء أو كساء وأراد بالإزار الملاءة، فإن الإزار متى أطلق في عرف ديارهم يراد به الملاءة، هكذا قالوا، وإنما جاز هذه الأشياء في الكسوة؛ لأنها كسوة معنى واسماً وحكماً، أما اسماً فلأن الكسوة اسم لما يُكسىٰ به ولابسه يسمى مكسياً وهذه الأشياء بهذه الصفة، وأما معنىٰ فلأن المطلوب من الكسوة رد العري فالكسوة لهذا وضعت، وقد حصل رد العري بهذه الأشياء، وأما الحكم فلأنه تجوز الصلاة فيها، ثم إنما تجوز هذه الأشياء إذا كان بحال لو توشح به وركع أمكنه الركوع من غير أن تنكشف عورته من غير أن يقعد، أما إذا كان بحال يحتاج إلى أن يقعد لا يجوز، وهكذا ذكر في رواية هشام.

ثم إن محمداً ذكر القميص والجبة والقباء ولم يذكر أنه هل يعتبر فيه حال القابض حتى إذا كان يصلح للقابض يجوز، وإذا كان لا يصلح للقابض لا يجوز. بعض مشايخنا قالوا: يعتبر فيه الوسط إن كان بحال يصلح للأوساط من الناس يجوز وما لا فلا، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: هذا القول أشبه بالصواب.

وأما العمامة ذكر في ظاهر الرواية أنها لا تجوز، وروي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنها إذا كانت شائعة يتأتى منها الإزار، والإزار يجوز، وبعض مشايخنا قالوا: إن كانت العمامة بحال يمكن أن تلف في البدن يجوز.

وأما السراويل لم يذكره محمد رحمه الله في «الأصل»، وذكر القدوري أن الصحيح أنه لا يجوز، وعن محمد أنه يجوز، وعن محمد رواية أخرى أنه قال: إن أعطي المرأة لا يجوز وإن أعطي الرجل يجوز، لأن المعتبر ردّ العري بقدر ما تجوز به الصلاة؛ لأن ستر العورة فرض لا تجوز الصلاة بدونه أمّا ما زاد عليه فضل يسير للتجمل أو للتزين فلا توجب عليه في الكسوة كما لا يوجب عليه الإدام في الطعام.

إذا ثبت هذا فنقول: إذا أعطى الرجل سراويلاً فقد أعطاه ما يستر به عورته، وإذا أعطى المرأة فلم يعطها ما تستر بها عورتها، وقال أبو يوسف: لا تجزىء السراويل في الكسوة في الرجل والمرأة جميعاً فكأنه اعتبر رد العري عن جميع البدن، وإذا أعطى كل مسكين نصف ثوب أو أعطى ثوباً لعشرة مساكين عن كفارة يمينه لم يجز عن الكسوة، لأن قطيفة كل مسكين ثوب تام وهو إنما أعطى كل مسكين نصف ثوب، فلا يجزئه وإذا لم يجزئه عن الكسوة هل يجزىء عن الطعام؟ إذا كانت تبلغ قيمته قيمة طعام عشرة مساكين. ذكر شيخ الإسلام رحمه الله: أن في ظاهر رواية أصحابنا تجزئه نوى أن يكون بدلاً عن الطعام أو لم ينوِ، وعن أبي يوسف أنه إذا نوى أن يكون بدلاً عن الطعام تجزئه عن الطعام، وإن لم ينوه لا تجزئه.

قال الحاكم الشهيد في «المنتقى»: وجدت عن علي بن الجعد عن أبي يوسف أنه قال: لا يجزىء الطعام عن الكسوة ولا الكسوة عن الطعام من غير فصل، بينما إذا نوى أم لم ينو، فصار عن أبي يوسف في المسألة روايتان، وقال زفر: لا يجزئه نوى أو لم ينو، فزفر رحمه الله يقول: كل واحد منهما منصوص عليه في الكفارة، وما كان منصوصاً عليه في باب يصلح بدلاً في ذلك الباب عن غيره كالتمر مع الحنطة في صدقة الفطر، وأنه

لو أدىٰ نصف صاع من تمر تبلغ قيمته نصف صاع من برّ لا يجوز، وإنما لا يجوز لما قلنا حجة ظاهر رواية أصحابنا، وهو الفرق بين الكسوة والطعام وبين التمر والحنطة أن الطعام مع الكسوة شيئان مختلفان صورة وهذا ظاهر، ومعنى لأن المطلوب من الكسوة في الكفارة رد العري والمطلوب من الطعام رد الجوع، فجاز أن يكون أحدهما بدلاً عن الآخر باعتبار القيمة كالدراهم [٤١٥أ/١] مع الطعام، أما الثمن مع الحنطة إن كانا شيئين صورة شيء واحد معنى، لأن المقصود منهما واحد وهو رد الجوع، فاعتبار الصورة إن كان يجوز أن يكون أحدهما بدلاً عن الآخر ياعتبار المعنى يمنع؛ لأن الشيء الواحد لا يتصور بدلاً وأصلاً.

وما قال زفر ليس بصحيح؛ لأن الكسوة صارت أصلاً في باب الكسوة، ومحمد لا يجعل الكسوة بدلاً عن الكسوة إنما يجعلها بدلاً عن الطعام، وهي لم تصر أصلاً في باب الطعام ذكر عوضاً على قول أبي يوسف على الرواية التي تجوز الكسوة بدلاً عن الطعام والطعام بدلاً عن الكسوة، وعند النيّة فقال: إذا أعطى في كفارة اليمين كل مسكين مُدّ حنطة ونصْف إزار لا يؤتزر بمثله، فإن كان نصف الإزار يساوي مَدّاً أجزأه إذا نوى نصف الإزار عن الطعام، وإن كان لا يساوي مداً نظر إلى المد، فإن كان المد يساوي نصف إزار مثله يجزئه المد عن الكسوة إذا كان نوى ذلك، وإن كان بنصف الإزار نصف الكسوة وبالمد نصف الطعام لا يجزئه.

وفي «المنتقىٰ» أيضاً عن محمد رحمه الله الطعام وإن قل يجزىء عن الكسوة، والكسوة تجزىء عن الطعام، ولا يجزىء الطعام عن الطعام إلا أن يعطي الكيل المسمىٰ فيه، فإذا أعطى نصف صاع تمر جيد يساوي ثوباً أجزأه عن الكسوة، وإن لم يرها بعد أن. . . .(١) به الكفارة، فالحاصل أن عند اختلاف الجنس شرط لوقوع أحدهما عن الآخر التساوي في القيمة في نيّة أصل الكفارة، أما نية كون المؤدى لا عن الآخر شرط.

وذكر في «الأصل» إذا أطعم خمسة مساكين وكسىٰ خمسة مساكين وجعله على وجهين: إما أن يكون الطعام طعام تمليك أو طعام إباحة، فإن كان الطعام طعام تمليك يجوز أيهما كان أغلى والآخر أرخص ويجعل الأغلىٰ بدلاً عن الأرخص حتى تتميز وظيفة العشرة من الأرخص ولا يجعل الأرخص بدلاً عن الأغلى؛ لأنه لا يتم وظيفتهم من الأغلى.

بيانه: أنه إذا كان قيمة طعام خمسة مساكين وقيمة كسوة خمسة مساكين عشرة تجعل الكسوة بدلاً عن الطعام حتى تتم وظيفتهم من الطعام، ولا يجعل الطعام بدلاً عن الكسوة؛ لأنه لا تتم وظيفتهم عن الكسوة، وكذلك إذا كان قيمة الطعام عشرة وقيمة الكسوة خمسة يجعل الطعام بدلاً عن الكسوة، ولا تجعل الكسوة بدلاً عن الطعام، وأما إذا كان الطعام طعام الإباحة إن كانت الكسوة أغلى من الطعام يجعل الكسوة بدلاً عن

---

(١) بياض بالأصل.

الطعام ويجوز، وأمكن جعل الكسوة بدلاً، لأن في الكسوة ما في طعام الإباحة وزيادة؛ لأن في الكسوة تمليك وفي التمليك إباحة وزيادة. وإن كان الطعام أغلى من الكسوة لا يجوز؛ لأنه إنما يجوز إذا جعلنا الطعام بدلاً عن الكسوة ولا وجه إليه؛ إذ ليس في الإباحة ما في التمليك.

وسئل الفقيه أبو بكر الإسكاف عمن أعطى عن كفارة اليمين لكل مسكين قال: لا يجوز عن الكسوة ما لم يكن مقدار سراويل، وهذا الجواب إنما يستقيم على قول من يجوز السراويل، أما على قول من لا يجوز ينبغي أن يقال: لا يجوز ما لم يكن مقدار إزار وهو الذي يعبر به عن الملاءة.

إذا أعطى من كفارة يمينه ثوباً خَلِقَاً، قال الفقيه أبو بكر الإسكاف: فإن كان بحال تجوز الصلاة فيه يجزئه عن الكسوة، وما لا فلا، وقال الفقيه أبو جعفر: إن كان بحال يمكن الانتفاع به أكثر من نصف مدة الجديد يجوز عن الكسوة، وذلك بأن ينتفع بالجديد ستة أشهر، وبهذا ينتفع أربعة أشهر.

ومن أعطى عن كفارة يمينه امرأته وهي أمة لرجل مولاها فقير لا يجوز؛ لأن هذه الصدقة إنما تتم بقبول الأمة فهو بمنزلة ما لو دفعها إلى أبيه وأمّه، وهما مملوكان لرجل وذلك لا يجوز، فههنا كذلك.

ومن أعطى ثوباً ثميناً تبلغ قيمته قيمة عشرة أثواب وسط لا يجوز، في باب الزكاة ومن وجب عليه شاتين وسطين إذا أعطى شاة سمينة تبلغ قيمتها قيمة شاتين وسطين يجوز. ولو أعتق نصف عبده في كفارة يمينه وأطعم خمسة مساكين، فعلى قول أبي يوسف يخرج عن العهدة لأن عندهما الاعتاق لا يتجزأ، فيصير بإعتاق النصف معتقاً الكل فيقع العتق عن الكفارة، ويصير متبرعاً بإطعام خمسة مساكين، وعلى قول أبي حنيفة الإعتاق يتجزأ فيصير معتقاً نصف رقبة لا غير ونصف الرقبة لا تجزىء عن الكفارة وتكيمل الإعتاق بالطعام غير ممكن؛ لأن الجنس مختلف صورة ومعنى، صورة فظاهر لأن الإطعام تمليك والإعتاق إسقاط الملك والإسقاط مع التمليك جنسان مختلفان بخلاف الكسوة مع طعام التمليك، لأنهما جنس واحد من حيث إن كل واحد منهما تمليك.

وفي «المنتقى»: قال أبو يوسف في رواية إذا أعطى مسكيناً واحداً كل يوم ثوباً فعل ذلك عشرة أيام أجزأه، هذا كلّه إذا كان الحالف موسراً. وإن كان معسراً، فكفارته بصوم ثلاثة أيام متتابعات عرف ذلك بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، فإنه كان يقرأ ﴿فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍۚ﴾ [المائدة: ٨٩] متتابعات وقد اشتهر ذلك عنه فإن صام يومين ومرض في اليوم الثالث وأفطر لزمه الاستقبال، وكذلك المرأة إذا حاضت في الأيام الثلاثة يلزمها الاستقبال.

فرق بين هذا وبينما إذا حاضت في كفارة الظهار والقتل [٤١٥ب/١] حيث لا يلزمها الاستقبال ولكن تصل صومها بأيام حيضها ويجزئها والتتابع قد فات في الصورتين جميعاً وكفارة المملوك بالصوم؛ لأنه اعتبر من الجزء بالفقير، فإن كفّر عنه مولاه أما إذا

كان بغير أمره فظاهر، وأما إذا كان بأمره فكذلك فرق بينه وبين الحرّ إذا كفر عنه غيره بأمره، فإنه يجوز إذا سمى لذلك ثمناً سواءٌ كان التكفير بالإعتاق أو بالإطعام أو بالكسوة وإذا لم يسم لذلك ثمناً وكان التكفير بالإطعام والكسوة يجوز بلا خلاف، وإن كان التكفير بالاعتاق يجوز عند أبي يوسف خلافاً لأبي حنيفة ومحمد، أما الفرق بين الحر وبين العبد أن الأمر بالتكفير إذا كان حرّاً أمكننا أن نجعل قدر المؤدى ملكاً له بالبيع إن سمى ذلك ثمناً، وإذا أمكن ذلك كان التكفير حاصلاً بملك الآمر لآملك العبد، فأما الآمر إذا كان عبداً لا يمكننا أن نجعل قدر المؤدى ملكاً له، لأن العبد ليس من أهل ملك المال: فكان التكفير حاصلاً بملك العبد، والكفارة لا تؤدىٰ بملك؛ لأنّ ما هو المقصود وهو الزجر لا يحصل بالتكفير بملك ولهم الفرق لأبي حنيفة ومحمد بين الاعتاق عن الحر بالأمر إذا لم يسم لذلك ثمناً وبين الإطعام والإكساء عنه إذا لم يسم لذلك ثمناً أن التكفير عن العبد يستدعي وقوع الملك له في القدر المؤدى، وإذا لم يسم لذلك عوضاً فإنما يقع الملك له في المؤدي بالهبة والهبة لا تفيد الملك إلا بقبض الموهوب له إلا أن قبض الموهوب له كما يثبت بقبضه يثبت بقبض من يصلح نائباً عنه في القبض، والواهب لا يصلح نائباً عنه في القبض ولهذا الموهوب له إذا وكلّ غيره بقبض الهبة من الواهب يجوز، وإذا وكّل الواهب بقبض الهبة من نفسه لا يجوز.

إذا ثبت هذا فنقول في الكسوة والطعام: إن لم يوجد قبض الموهوب له وجد قبض من يصلح نائباً عنه في القبض، وهو الفقير فصار قابضاً له بقبض الفقير، وفي العتق ما وجد في القبض حالة الهبة قبض العبد، والعبد لا يصلح نائباً عنه في القبض لأن يد العبد يد الواهب ويد الواهب لا تصلح نائباً في العتق، فكذا يد العبد وبعدما عتق العبد وصار اليد له تلفت الهبة بالاعتاق، فيقدر أن يجعل قبض العبد وقبض الموهوب له فلم يصر بالموهوب له قابضاً أصلاً، والهبة لا تفيد الملك قبل القبض.

ومن مات أو قتل وعليه كفارة يمين لا تسقط عنه وكفارة الظهار كذلك حكي عن الفقيه أبي بكر البلخي، هكذا قاله الفقيه أبو الليث: كفارة الظهار تسقط بالموت؛ لأنها تجب لدفع حرمة الجماع وقد سقط حرمة الجماع بالموت، فتسقط الكفارة بخلاف كفارة اليمين؛ لأنها تجب لدفع الذنب الحاصل بهتك حرمة اسم الله والذنب لم يرتفع بالموت فلا تسقط كفارته.

الفصل السادس والعشرون
في المتفرقات

سئل محمد بن شجاع عن رجل يقول: كنت حلفت بالطلاق ولا أدري أكنت مدركاً حالة اليمين أو غير مدرك، قال: لا حنث عليه ما لم يعلم أنه مدرك.

وفي «فتاوى ما وراء النهر» سئل أبو نصر الدبوسي عمن حلف ونسي إنه حلف بالله

أو بالصيام أو بالطلاق، قال: حلفه باطل إلا أن يذكره. إذا حلف الرجل لا يعرف هذا الرجل وهو يعرفه بوجهه دون اسمه لم يحنث، هكذا ذكر المسألة في «الأصل»، واختلفتْ عبارة المشايخ في تخريج المسألة قال بعضهم: معرفة الوجه بدون الاسم والنسب معرفة من وجه دون وجه فإنه إذا كان حاضراً يمكنه الإشارة إليه، وإذا كان غائباً لا يمكنه إحضاره، والداخل تحت اليمين المعرفة من كل وجه لأنه ذكر المعرفة مطلقاً، وقال بعضهم: معرفة الوجه بدون معرفة الاسم ليست بمعرفة أصلاً الدليل عليه ما روي كان رسول الله ﷺ سأل رجلاً: «هل تعرف فلاناً فقال: نعم، فقال: هل تدري ما اسمه، فقال لا، فقال: إنك إذاً لم تعرفه»[1] قال الآن يعني معرفة وجهه فإن عنى ذلك فقد شدد الأمر على نفسه واللفظ يحتمله فتصح نيته، وهذا إذا كان للمحلوف عليه اسم فإن لم يكن له اسم بأن ولد من رجل ورأى الولد جاره ولكن ما سمي بعد فحلف الجار أنه لا يعرف هذا الولد فهو حانث لأنه لا يعرف وجهه وليس له اسم خاص ليشترط معرفة ذلك، فلهذا قال يحنث.

إذا قال لامرأته: إن لم أضربك فأنت طالق ولا نية له فإنه ما لم يمت لا يحنث في يمينه وهذا ظاهر، وإن نوى أن يضربها للحال ساعة حلف صحت نيته حتى إذا لم يضربها للحال لزمه الجعل، لأنه نوى ما يحتمله لفظه فقوله أضربك يحتمل الحال؛ إلا أنه صار الاستقبال بدخول كلمة إن عليه ولكن مع احتمال الحال، فإذا نوى الحال فقد نوى ما يحتمله لفظه وفيه تغليظ وتشديد عليه، فتصح نيته في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى، وإن نوى غداً أو ما بينه وبين الليل فنيته باطلة ويمينه على الأبد، لأن هذا اللفظ يحتمل الحال والاستقبال، أما لا يحتمل ما بينهما وهو نظيره اسم الجنس يتناول الأدنى ويحتمل الذكر ولا يتناول ما بين ذلك.

إذا قال الرجل: إن كنت ضربت فلاناً هذين السوطين في دار فلان والسوط الآخر في غير دار فلان لا يحنث في يمينه، لأنه عقد يمينه على ضرب في الماضي واستثنى من يمينه حزب السوطين في دار فلان فلا يعتبر ضرب السوطين في دار فلان شرطاً للحنث، وإنما يعتبر شرط الحنث في ما وراء المستثنى، فشرط حنثه فيما وراء المستثنى ضرب السوطين خارج دار فلان لأن تقدير يمينه ما ضربت فلاناً هذين السوطين خارج دار فلان إن كنت ضربته إلا في دار فلان فعبده حر ولم يوجد ضرب السوطين خارج [١٦٤أ/١] دار فلان إنما وجه ضرب سوط واحد، فلا يحنث في يمينه.

ولو قال: إن لم أكن ضربت فلاناً هذين السوطين في دار فلان وباقي المسألة بحالها حنث في يمينه، لأن في هذه المسألة ما استثنى عن يمينه شيئاً وشرط البر فيها ضرب السوطين في دار فلان وشرط الحنث عدم السوطين في دار فلان، لأن تقدير يمينه ضربت فلاناً سوطين في دار فلان إن لم أكن ضربته فعبدي حر، ومتى كان ضرب أحد

(١) أخرجه الهيثمي في موارد الظمآن ٢٥٦٣، وابن حجر في فتح الباري ١١/ ٢٧٧.

السوطين في دار فلان لم يوجد شرط البر فيتعين الحنث.

إذا قال الرجل لغيره: أي عبيدي ضربته يا فلان فهو حر فضربهم جميعاً لا يعتق إلا واحد منهم، فلو قال: أي عبيدي ضربك يا فلان فهو حر فضربوه جميعاً عتقوا.

لا بد لمعرفة هذه المسألة وأجناسها من معرفة أصلين: **أحدهما**: أن كلمة أي إذا أضيف إلى جملة تتناول واحداً منها غير عين قال أهل اللغة والنحو كلمة أي تتناول جزءاً من جملة ما أضيفت إليه هذه الكلمة غير عين.

الثاني: أن النكرة في الإثبات تخص إلا إذا وُصِفَتْ بصفة عامة، فحينئذ تتعمم بعموم الصفة، وهذا لأن النكرة فرد من حيث الصفة إلا أنها قابلة للعموم، ألا ترى أنها تعم إذا قرن بها النفي، فجاز أن تعم عند قران الصفة العامة، وهذا لأن بعد قران الصفة العامة المراد الذات الموصوف بتلك الصفة وإنه جنس واحد فيصير كل الموصوف بتلك الصفة مراداً.

إذا ثبت هذا جئنا إلى تخريج المسألة فنقول: إذا قال لغيره: أي عبيدي ضربته، فقد جعل الضرب صفة للمخاطب لا لمن دخلت عليه كلمة أي وهم العبيد، فتخص من دخل يمينه كلمة أي لأنه ذكره في موضع الإثبات ولم توصف بالصفة أصلاً، فلهذا لم يعتق إلا واحد منهم، وإذا قال له: أي عبيدي ضربك، جعل الضرب صفة لمن دخل عليه كلمة أي وهم العبيد، وهذه الصفة عامة؛ لأنها أضيفت إلى الجماعة، وصفة العامة عامة، وقد ذكرنا أن النكرة متى وصفت بصفة عامة عمت. فلهذا عتقوا جملة.

ثم في المسألة الأولى إذا كان يعتق واحد من العبيد ينظر: إن كان الضرب بصفة التعاقب يعتق الأول لانعدام المزاحم إيّاه وقت نزول العتق، وإن كان الضرب بدفعة واحدة عتق واحد منهم غير عين لأن المزاحمة ههنا قائمة، وكان خيار التعيين للمولى، لأن العتق ثبت من جهته فكان خيار التعيين إليه.

ثم فرّق بين كلمة كل وبين كلمة أي. فقال: فإذا قال: كل عبيدي ضربته فهو حر، فضرب الكل عتق الكل ولو ضرب البعض عتق البعض، وإنما كان كذلك؛ لأن كلمة كل موضوعة للعموم لغة بخلاف كلمة أي، وإنما يثبت العموم بكلمة أي إذا صار الداخل تحتها موصوفاً بصفة عامة على ما ذكرنا، واستشهد محمد رحمه الله في «الكتاب» إيضاحاً للمسألة المتقدمة، فقال: ألا ترى من قال لغيره: أي نسائي كلمتها يا فلان فهي طالق، فكلم نساءه جملة لم تطلق إلا واحدة منهن، ولو قال: أي نسائي كلمتك يا فلان فهي طالق فكلمنه جميعاً طلقن جميعاً، وألا ترى أن من قال: أي نسائي شاءت طلاقها، فهي طالق فشئن جميعاً طلقن، ولو قال لغيره: أي نسائي شئت طلاقها فهي طالق، فشاء طلاقهن جميعاً لم تطلق إلا واحدة منهن، وألا ترى أن من قال لغيره: طلّق أي نسائي شئت فشاء طلاقهن ليس له أن يطلق إلا واحدة منهن، ولو قال: طلق أي نسائي شاءت طلاقها فشئن جميعاً كان له أن يطلّق الكل، والمعنى في الكل ما قلنا.

رجل قال: إن بلغ ولدي الختان فلم أختنه فامرأتي طالق، قال الفقيه أبو الليث: إن

أخر عن عشر سنين، ينبغي أن يحنث لأن ابتداء الوقت المستحب للختان سبع سنين لأنه إذا بلغ سبع سنين يؤمر بالصلاة فيؤمر بالختان حتى يكون أبلغ في التطهير لصلاته ونهايته عشر سنين، قال الصدر الشهيد رحمه الله في «واقعاته»: المختار أنه إذا أخّر عن عشر سنين إنه يحنث، لأنه أدنى وقت إذا احتلم يحكم ببلوغه قيل: هذا إذا لم تكن له نية، فأمّا إذا نوى أول الوقت لا يحنث ما لم يؤخر عن سبع سنين، وإن كان مراده آخر الوقت لا يحنث ما لم يبلغ.

رجل قذف امرأة رجل فقال الزوج وهي طالق ثلاثاً إن لم يتبين زناها اليوم، فمضى اليوم ولم يتبين يقع الطلاق والتبيين إنما يكون بأربعة شهود أو بإقرارها لأن الشهود والإقرار كل واحد منهما حجة التبيين.

رجل بينة وبين امرأته خصومة وكانت الصهرة تتوسط بينهما فقال زوج الصهرة للصهرة: أكدبو ناداماد روزنى كنى بهبخ بيك اوند فأنت طالق ثلاثاً ثم إن الصهرة قالت بحينها: إما أن يمسكها أو يطلقها، فإن لم يكن الختن استشار الصهرة في ذلك الأمر وابتدأت الصهرة يخاف أن يقع الطلاق عليها.

سكران قال لغيره قولاً على سبيل اللطف: إن لم أقل هذا من قلبي فامرأتي طالق، ثم أفاق ولم يتذكر من ذلك شيئاً لا تطلق امرأته، لأن الظاهر أنه يقول من القلب، لأن في حالة السكر يكون في غاية النشاط، والظاهر أن جميع ما يقول يقول من القلب.

رجل أخذ ثوب امرأته وذهب إلى الصباغ ليصبغه فقالت له امرأته: إنما ذهب به ليبيعه فغضب الزوج وقال: إن صبغته فأنت طالق، ثم صبغ الصباغ الثوب بعد ذلك لا يحنث؛ لأنه صُبغ قبل أن يأمر الصباغ بالصبغ ولم يأمره به بعد اليمين، فلم يوجد شرط الحنث بعد اليمين، فلهذا لا يحنث.

رجل قال: إن تركت مس السماء، فامرأتي طالق لم يحنث في يمينه، وإن قال: إن لم أمسّ السماء حنث في ساعته، والفرق أن شرط الحنث في المسألة الأولى ترك المس، والترك لا يتحقق في غير المقدور عادة، وفي المسألة الثانية شرط الحنث عدم المس والعدم في غير [٤١٦ب/ ١] المقدور يتحقق.

رجل تزوج امرأته ببلخ فذهبت إلى ترمذ سراً من الزوج فقيل للزوج إن لك امرأة بترمذ فقال: إن كان لي امرأة بترمذ فهي طالق ثلاثاً، فقد مرّ هذا المسألة مع أجناسها في كتاب الطلاق في ذكر الشرط بكلمات.

إذا قال لها أكردست بدوك لو نهى قرا طلاق فوضعت يدها عليه إلا أنه لم يعزل لا يحنث في يمينه؛ لأن وضع اليد على الدوك صار مجازاً عن العزل، وإنه مجاز متعارف لوضع القدم في الدار صار مجازاً عن الدخول، ومطلق الكلام ينصرف إلى المجاز المتعارف، ولو نوى وضع اليد على الدوك حقيقة صحت نيته؛ لأنه نوى حقيقة كلامه وفيه تغليظ عليه.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف إذا حلف الرجل لا يأتمن فلاناً على شيء

فأراه درهماً، وقال: انظر إلى هذا ولم يفارقه لم يحنث في يمينه، ولو قال: انظر إلى دراهمي حتى أصلي، ودفعها إليه ليمسكها له حتى يصلي، فهو حانث، ولو قال له: انظر إلى خدمة هذا العبد يوماً أو يومين، فإني أريد شراءه ودفعه إليه فقد ائتمنه ويحنث في يمينه.

وفي «المنتقى»: إذا قال: إن لم أكن جامعت امرأة فلان فكذا، وقد كان الحالف فعل ذلك بامرأة فلان قبل أن يتزوجها قال هو حانث في القضاء ويسعه فيما بينه وبين الله تعالى إن أراد ذلك الذي فعل الدبابن من حانه جرى أندادم دمعى كد صداي فكذا فذهب صيفاً وجاء بالولد فإن كان. . . .[1] يأكل وحده لا يحنث، وإن كان يحنث يزجر بصفة ثم يتناوله بعد ذلك يحنث. ذكر محمد رحمه الله في كثير من المواضع إذا كانت الحقيقة مهجورة والمجاز متعارفاً فالعبرة للمجاز، ولم يذكر ماذا يريد من المتعارف، وقد اختلف المشايخ فيه: قال مشايخ بلخ: يريد به المتعارف بالتعامل، وقال مشايخ العراق: يريد به التعارف بالتفاهم والأقوال، وقال مشايخ ما وراء النهر ذكر محمد رحمهم الله «في الجامع الصغير»: مسألة تدل على أن ما قال مشايخ العراق قول أبي حنيفة، وما قاله مشايخ بلخ قول أبي يوسف ومحمد رحمهم الله. وصورة تلك المسألة: إذا حلف لا يأكل لحماً فأكل لحم آدمي أو لحم خنزير حنث عند أبي حنيفة، لأن التفاهم والقول يقع عليه، فإنه يسمى لحماً، وعندهما لا يحنث لأن التعامل لا يقع عليه، لأن لحم الخنزير لا يؤكل وكذا لحم الآدمي، ولهذا جاز الوقت عندهما؛ لأنه وجد فيه التعارف وبالتعامل، ولم يجز عند أبي حنيفة لأنه لم يوجد فيه التعارف لأحوال والتفاهم، لأن الأخبار اختلفت فيه، بعضها ورد بجوازه وبعضها ورد بفساده، والتعارف بالتعامل عنده ليس بحجة. وإنما جاز الاستصناع عند أبي حنيفة، وإن لم يجر فيه التعارف بالأقوال، لأن الأخبار لم ترد في فساده.

وفي «فتاوى الأصل» امرأة اتهمت برجل فوجد زوج المرأة ذلك الرجل مع امرأته في منزل واحد وامرأته نائمة في موضع في المنزل، وهذا الرجل جالس في آخر، ثم إن السلطان أخذ الزوج وحلفه بطلاقها ما أخذت هذا المتهم مع امرأتك فحلف لا تطلق امرأته، لأن أخذ المرأة مع الرجل إذا ذكر يراد به عادة أن يوجد الرجل مع المرأة في عمل إما وطئاً أو تكلماً ولم يوجد ذلك ههنا.

امرأة قالت لزوجها: أكو من معجز لى كس خواهم فكذا ثم إن الزوج جاء بالخمار ووضع على رأسها ولم يقل شيئاً فوقعت المرأة الخمار من الرأس ووضعت في الصدر ولم يخاصم زوجها فلا حنث عليها، لأن الحنث تعلق بالإرادة وإنها عمل القلب متعلق بالإخبار كما في المحبة وأشباهها.

وإذا حلف الرجل لا يركب دابة لفلان فركب دابة هي من كسب عبده المأذون فإن لم يكن عليه دين أصلاً، فإنه لا يحنث عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أن ينويه، وعلى

---

(١) بياض بالأصل.

قول محمد يحنث في يمين غير نية، والوجه لهما: أن إضافة كسب العبد إلى المولى إضافة مجاز وإلى العبد إضافة حقيقة، لأن الإضافة للمولى بملك الرقبة والإضافة إلى العبد بملك اليد، والتصرف والمقصود من ملك الرقبة ملك التصرف فكان ملك الرقبة باعتبار المقصود كالبيع بملك اليد والتصرف فتكون الإضافة بملك اليد والتصرف حقيقة وبملك الرقبة مجازاً والمجاز لا يدخل تحت مطلق الكلام إلا بالنية.

وإن كان على العبد دين مستغرق فعلى قول أبي حنيفة لا يحنث وإن نوى، وعلى قول أبي يوسف يحنث إذا نوى، وعلى قول محمد يحنث من غير نيّة، وإن ركب مكانته لا يحنث بلا خلاف.

وفي «فتاوى أبي الليث» رجل حلّفه اللصوص بثلاث تطليقات أن ليس معه دراهم غير الذي أخذوه منه فحلف ثم ظهر أنه كان معه شيء من الدراهم ينظر إن كان معه أقل من ثلاثة دراهم لا يحنث في يمينه، لأن ما دون ثلاثة دراهم لا يسمىٰ دراهماً، وإن كان ثلاثة دراهم فصاعداً، فإن كانت اليمين بالطلاق أو بالعتاق طلقت المرأة وعتق العبد، وإن كانت يمينه بالله تعالى فلا كفارة عليه لأنه إن علم فهو غموس وإن لم يعلم فهو لغو، هذا إذا كانت بالعربية وإن كانت بالفارسية بهذه اللفظة أكرما من ماد رمي هست إن كان معه درهم أو أكثر فالجواب تفصيل الذي ذكرنا، وإن كان قال: اكرما من سم است إن كان معه ما لو علموا بذلك أخذوا منه حنث، وإن كان ما لو علموا بذلك لا يأخذوا منه لا يحنث لأن هذا لا يكون مراداً باليمين.

سئل شمس الإسلام الأوزجندي عمن قال: إن لم أخرب بيت فلان غداً فعبده حر فمنع حتى [٤١٧أ/ ١] لم يخرب بيت فلان غداً قال فيه اختلاف المشايخ ولم يزد على هذا، والمختار للفتوىٰ الحنث؛ لأن شرط الحنث عدم الفعل والعدم يتحقق بدون اختياره، وقد ذكرنا جنس هذا في مسائل السكنى.

وسئل نجم الدين النسفي عمن قال لامرأته: أكر بداس يا من يرد فكذا فقال هذا على المخالطة والمصافاة والمؤالفة، فإن وجد ذلك يحنث وما لا فلا. رجل ادعىٰ على آخر ألف درهم، فقال المدعى عليه: امرأتي طالق إن كان لك علي ألف درهم، وقال المدعي: امرأته طالق إن لم يكن لي عليك ألف درهم فأقام المدعي البينة عليه وقضى القاضي بالألف فرق القاضي بين المدعى عليه وامرأته، هكذا روي عن محمد.

وفي «العيون» أن على قول أبي يوسف يفرق، وعلى قول محمد لا يفرق وهكذا ذكر في «المنتقى» فصار عن محمد روايتان فيفتى بالتفريق، فإن أقام المدعى عليه بعد ذلك بينة على الإبقاء قبل دعوىٰ المدعي أنه لم يكن له إلا هذه الألف وتفريق القاضي بين المدعي وبين المدعى عليه باطل.

قال في «المنتقىٰ»: قال هشام: قلت لمحمد إذا لزم القاضي المدعى عليه المال بشهادة شهود المدعي ثم أقام المدعى عليه بينة أنه قد قضاه المال وغاب المدعي هل له على الشاهدين سبيل؟ قال: أما في قولي فلا، وأما في قياس قول أبي يوسف له ذلك هذا

كلهُ إذا أقام المدعي البينة على المال، فأما إذا أقام البينة على إقرار المدعى عليه بالمال للمدعي، فالقاضي لا يفرق بين المدعى عليه لا محالة.

وفي «فتاوىٰ أبي الليث»: المغصوب منه إذا حلف أن لا يقبض المغصوب من الغاصب فجاء الغاصب وقال: سلمته إليك وقال القابض منه لا أقبل لا يحنث ويبرأ الراد لأن شرط الحنث القبض ولم يوجد، وشرط البراءة الرد وقد وجد، ألا ترىٰ لو حلف لا يؤدي زكاة ماله فمر على العاشر وأخذ العاشر منه الزكاة جاز عن زكاته فلا يحنث كذا ههنا.

وسئل شمس الإسلام الأوزجندي عن رجل دفع بثوبه إلى القصار وجحد القصار فحلف رب الثوب بهذه الصورة إن لم أكن دفعت ثوبي إليك فكذا، ثم ظهر أنه كان دفع إلى تلميذه أو ابنه، قال إن كان الابن والتلميذ في عيال القصار، فلا يحنث في يمينه لأن الدفع إلى من في عيال الإنسان بمنزلة الدفع إليه، قال إلا إذا عنى الدفع إلى القصار عيناً.

رجل أتى باب مديونه وحلف أن لا يذهب من هذا النوع حتى يأخذ حقة فجاء المديون ونحاه عن ذلك الموضع وفارسيته بسو ختث واراعا سدا ختص ثم ذهب قبل أن يقضي حقه وقد قيل يحنث، وقد قيل: اكرهها لسو ختص اذا نجاك دودكي حند كام بيرول انداختش انك بعدم حوش يدوى ثم ذهب لا يحنث لأنه ما ذهب من بابه بل ذهبوا به.

إذا حلف الرجل أن لا يكون من أكرة[1] فلان وهو من أكرته أو قال: لا يكون من مزارعي فلان وأرضه في يده وفلان غائب لا يمكنه نقض ما بينهما من ساعته حنث؛ لأن شرط الحنث كونه من أكرة فلان وقد وجد، ولو خرج إلى رب الأرض وناقضه لا يحنث، وإن كان رب الأرض خارج المصر؛ لأن هذا القدر مستثنى عن اليمين، فهو بمنزلة ما لو حلف لا يسكن هذه الدار فلم يجد المفتاح ليخرج إلا بعد ساعة لا يحنث في يمينه ما دام في طلب المفتاح كذا ههنا، فإن اشتغل بعمل آخر غير طلب صاحب الأرض ليرد الأرض عليه يحنث، لأن هذا العمل غير مستثنى عن اليمين، ولو منعه إنسان عن الخروج إلى صاحب الأرض أو كان في المصر فمنعه عن طلبه إنسان لا يحنث، لأن شرط الحنث كونه مزارعاً لفلان، وذلك لا يتحقق مع المنع على ما مر حتى لو قال: إن لم أترك مزارعهُ فلا يجب أن تكون المسألة على القولين كما ذكرنا في مسألة السكنى.

وفي «عيون المسائل»: إذا حلف الرجل بطلاق امرأته لتغزلنّ اليوم قطناً بدرهم فاشترىٰ اشياء من القطن بدرهم فغزلته لا يحنث باعتبار اللفظ، ولذلك لو حلف ليغدين فلاناً اليوم بالف درهم، فاشترىٰ رغيفاً بألف درهم وغداه فقد بر في يمينه باعتبار اللفظ، وهو نظير مسألة تقدم ذكرها، وهي ما إذا حلف ليعتقن مملوكاً بألف درهم، فاشترى عبداً يساوي شيئاً قليلاً بألف درهم وأعتقه بر في يمينه، وطريقه ما قلنا.

وفيه أيضاً: إذا قال لامرأته: إن مشطت أحداً فأنت طالق فأتت هذه المرأة امرأة قد

(١) الأكّار: الحرّاث، جمعه أكَرَة.

سرحت رأسها فعقدت هي شعرها يحنث لأن هذا مشط وفيه ونظر بحكم العرف.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: إذا حلف لا يخدمه فلان فخاط له قميصاً بأجر لا يحنث لأنه لم يخدمه وإن خاط بغير أجر يخاف أن يحنث؛ لأنه خدمه.

وفي «فتاوىٰ أبي الليث» إذا حلف يوم الجمعة وكان عنده كرباس أراد به القميص فحمله إلى خياط وأمره أن يخيطه لا يحنث لأن يمينه وقعت على العمل الذي يعمل في سائر الأيام.

وفيه أيضاً: إذا حلف أن لا يشتري من فلان فأسلم إليه في ثوب حنث؛ لأنه اشتراه مؤجلاً، وفيه أيضاً: إذا حلف لا يشتري عبد فلان فأجر به داره لا يحنث لأنه ليس بشراء، ألا ترى أنه لا شفعة فيه مع أن الشفعة تثبت في الشراء، وفيه أيضاً: إذا حلف السلطان رجلاً أن لا يشتري طعاماً للبيع، فاشترىٰ طعاماً لبيته ثم بدا له فباعه لا يحنث لأنه ما اشتراه للبيع، وهذا كمن حلف لا تخرج امرأته إلى بيت والديها، فخرجت للمجلس ثم زارت والديها لا يحنث، وإذا حلف [٤١٧ب/ ١] لا يبيع فأعطاها امرأته في صداقها حنث، هكذا ذكر في «فتاوى أهل سمرقند» ويجب أن يكون الجواب فيه على التفصيل أن تزوجها على الدار لا يحنث وإن تزوجها على دراهم ثم أعطاها عوضاً عن تلك الدراهم يحنث، لأن هذا بيع والأول ليس ببيع.

وإذا حلف الرجل أن يطيع فلاناً في كل ما يأمره وينهاه عنه، فنهاه عن جماع امرأته فجامع لم يحنث إذا لم يكن هناك سبب يدل عليه.

في «فتاوى أبي الليث». وفي آخر أيمان «الكافي»: إذا قال الرجل لعبده: إذا باعك فلان فأنت حر فباعه من فلان، ثم اشتراه منه لم يعتق، وكذلك إذا قال لعبده: إذا وهبتك فلاناً فأنت حر فباعه من فلان وسلّمه إليه، ثم إن فلان دفعه إلى الحالف وديعة ثم وهبه منه لا يحنث، فأما إذا قال: إذا باعك فلان مِنّي فأنت حر والمسألة بحالها يعتق، وكذلك إذا قال: إذا وهبتك فلان فأنت حر فوهبها منه والعبد في يد الحالف وقت الهبة يعتق، وإن كان في يد المحلوف عليه وقت الهبة لا يعتق.

امرأة حلفت اكر من أمش امن كودل رابدام فكذا فجاءت امرأة أخرى جعلت الصبية في المهد إلا أن الحالفة أرضعته حنث، لأن إمساك الرضيع بالإرضاع.

روى بشر عن أبي يوسف في رجل شهد عليه شاهدان أنه أعتق هذا العبد فقال المشهود عليه: عبده هذا الآخر حر إن كان أعتق عبده هذا الذي شهدا عليه...(١) وعدلا هذان عتق المملوكان جميعاً في قول أبي حنيفة قال .....(١) وهو قول أبي يوسف، ولو كان قال: عبدي حر إن لم يكونا شهدا عليّ بزور، فإنه يعتق المشهود بعتقه ولا يعتق المحلوف بعتقه، ولو كان حلف أن الذي شهد أنه باطل عتق المحلوف بعتقه أيضاً، وكذلك إذا قال: إن لم يكن ما شهدا به زوراً أو كذباً.

---

(١) بياض بالأصل.

وفي «المنتقى»: إذا استأجر ثم حلف بالله أنها دابته يريد بالإجارة لا يحنث في يمينه قال كذلك العارية، وفيه أيضاً: إذا حلف أن هذه أخته وعنى الأجنبية في الإسلام دين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء، وكذلك إذا حلف أن هذا عبد وهو ينوي أنه عبد الله، وفيه أيضاً: إذا قال: امرأته طالق إن لم يكن فلان خير من فلان والذي زعم أنه خير من فلان لصّ ينقب البيت ويشرب الخمر معروف بذلك وبغيره من الشر وفلان آخر من أهل الصلاح والفضل فيما ظهر للناس، قال: هذه طالق في القضاء لأن هذا خير من ذلك عند القاضي ألا ترى أن القاضي يقبل شهادته، وأما في ما بينه وبين الله تعالى فيسعه، وإذا حلف لا يطأ جاريته إلا بإذن زوجته فقالت له: طأها في عينها فعن أبي يوسف أنه لا يكون إذناً، قال أرأيت لو قالت له: طأها في رجلها كان إذناً وعن محمد أنه إذن.

وإذا حلف لا يأكل طعاماً أو حلف لا يشرب إلا بإذن فلان فأذن له فهذا على شربة أو لقمة، إذا قال: كل جارية أشتريها أشريها فكذا فاشترى جارية للخدمة ثم شراها حنث بخلاف قولهما لاشتراها.

رجل حلف أن لا يخرج من البلدة إلا بإذن غريمه، فقال رجل لغريمه لم لا تأذن فلاناً حتى يخرج من البلدة، فقال الغريم للرجل: هل تعطيني أنت ما لي عليه، فقال الرجل: نعم أعطيك، فقال الغريم: أذنت له في الخروج بشرط أن تعطيني أنت ما لي عليه الآن وكتب إلى المديون إني قد أذنت لك في الخروج بشرط أن يعطي فلان ما لي عليك الآن، فلم يعط فلان ووصل الكتاب والخبر بالإذن إلى المديون، فخرج من البلدة لا يحنث في يمينه، لأن الإذن مقيّد بشرط الأداء غير معلق بالأداء.

إذا قال لامرأته: اكر تراماان وكوشنت ارم فكذا نان وكوشت بدست كي بعرستاد ينظر إن كان هذا الرجل ممن يأتي بالخبز واللحم بنفسه إلى بيته لا يحنث، وإن كان لا يفعل ذلك بنفسه يحنث في يمينه، وإذا حلف لا يعادي فلاناً فعاداه بقلبه وحفظ لسانه وجوارحه عنه لا يحنث.

في طلاق «فتاوىٰ أبي الليث» وقال رجل وهب لختنه بقراً وسلم إليه وكان الختن يعمل بذلك البقر فان المرأة كانت تمن عليه وتقول إنك بقبرنا فغضب الختن وقال: اكد بس دست به امن كار يديهم فكذا فدخل الختن الإصطبل في ليلة مظلمة ليخرج حماره ووضع يده على البقر في ظلمة الليل ثم علم بذلك لا يحنث في يمينه؛ لأن سائقة كلامه يوجب تفسير اليمين بالوضع بجهة مخصوصة فهو العمل به ولم يوجد.

وإذا حلف بالفارسية دست امن مكم حراس برش كشد فقد قيل اكر مها كشروا رد كند يحنث في يمينه؛ لأنه في معناه تدل عليه انك اكردست اس رايه ماى كشند يحنث في يمينه وإن يكن اللفظ بيّناً عنه؛ لأنه في معناه والله أعلم.

كتاب الحدود

هذا الكتاب يشتمل على عشرة فصول:

١ ـ في معرفة الزنا.

٢ ـ في معرفة الإحصان الذي هو شرط وجوب الرجم.

٣ ـ في معرفة حجج ظهور الزنا عند القاضي.

٤ ـ في بيان ما يوجد الحد من الوطء وما لا يوجب.

٥ ـ فصل في الحد يدخله الشبهة بعد وجوبه ظاهراً.

٦ ـ في كيفية إقامة الحد.

٧ ـ في القذف.

٨ ـ في التعزير وبيان الترتيب في الضربات.

٩ ـ في بيان حكم الشرب والسكران.

١٠ ـ في المتفرقات.

الفصل الأول
في معرفة الزنا

الأول: في معرفة الزنا الموجب للحد وفي معرفة حد الزنا فنقول الزنا الموجب للحد ما يجري من الذكر والأنثى من بني آدم من الوطء في قبل المرأة متعرياً عن عقد وعن شبهة عقد وأن يكون واحد منهما مشتهي لصاحبه إذا جاوز الختان، وإنما شرطنا أن يكون الفعل في القبل ليكون وجوب الحد بلا خلاف بين أصحابنا. قال من وطىء امرأة في دبرها أو وطىء غلاماً فليس عليه حد الزنا عند أبي حنيفة ولكن يعزر ويودع في السجن حتى يحدث توبة وعندهما يحد حد الزنا.

ورأيت في «الروضة» أن الخلاف في الغلام، أما لو وطىء امرأة في دبرها يحد بلا خلاف، والأصح أن الكل [٤١٨أ/ ١] على الخلاف.

ولو فعل هذا لعبده أو أمته أو منكوحته لا يحد بلا خلاف، نصّ عليه في «الزيادات» أما على قول أبي حنيفة فلأن عنده لا يحد الحد بهذا الفعل في غير المملوك ففي المملوك أولىٰ، وأما عندهما فلمكان الشبهة بسبب الملك، وإنما شرطنا أن يكون الوطء متعرياً عن العقد وعن شبهة العقد ليكون وجوب الحد بلا خلاف بين أصحابنا، فإن من تزوج امرأة لا يحل له نكاحها بأن تزوج أمة، أو ذات رحم محرم منه، أو معتدة الغير، أو منكوحة الغير، أو مطلقته ثلاثاً، أو قال علمت أنها عليّ حرام ودخل بها.

قال أبو حنيفة: لا حد عليه ولكن يعزر وقال أبو يوسف ومحمد: عليهما الحد إذا علما بالحرمة وأجمعوا على أنه لو قال: ظننت أنها تحل لي لا يجب الحد، وستأتي المسألة مع الحُجج من بعد هذا إن شاء الله تعالى. وإنما شرطنا أن يكون كل واحد منهما مشتهٍ لصاحبه، فإن وطىء المرأة الميتة لا يوجب الحد لانعدام الاشتهاء، وكذلك وطء البهيمة لا يوجب لانعدام الاشتهاء، وتذبح البهيمة إن لم يكن مأكول اللحم ثم يحرق بالنار ولا يحرق قبل الذبح، لأن فيه تعذيب الحيوان بلا فائدة ويضمن الفاعل قيمة الدابة إن كانت الدابة لغيره، لأنها قتلت لأجله حتى لا يُعير بها، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي: الإحراق بالنار جائز وليس بواجب فإن كانت الدابة مأكول اللحم، فإنها تذبح وتوكل عند أبي حنيفة رضي الله عنه ولا تحرق بالنار، وقال أبو بوسف ومحمد تحرق بالنار ثم يضمن الفاعل قيمة الدابة إن كانت الدابة لغيره.

وفي «المنتقى» إذا كانت الدابة لغير الفاعل يطلب إلى صاحبها أن يدفعها إليه بقيمتها من مال الفاعل، ثم يذبحها ويحرقها إن كانت مما يؤكل لا لحمها، وإن كانت مما يؤكل لحمها يذبحها.

جئنا إلى بيان حد الزنا فنقول: حد الزنا نوعان: الرجم والجلد. والرجم حد المحصن والجلد حد غير المحصن، وقد كان حد الزنا في الابتداء الابتداء بالأذى بالكلام عرف ذلك بقوله: ﴿وَٱلَّذَانِ يَأْتِيَـٰنِهَا مِنكُمْ فَـَٔاذُوهُمَا﴾ [النساء: ١٦] الآية ثم انتسخ ذلك بالحبس والإمساك في البيوت عرف ذلك بقوله: ﴿وَٱلَّـٰتِى يَأْتِينَ ٱلْفَـٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ﴾ إلى قوله ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ فِى ٱلْبُيُوتِ﴾ [النساء: ١٥] الآية، ثم إن النبي ﷺ بين ذلك السبيل فيما رواه عنه عبادة بن الصامت رضي الله عنه، قال خرج رسول الله يوماً وقال: «خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة»(١)، وليس معنى الحديث في حق الثيب شرع الجلد والرجم على سبيل الجمع، وإنما معناه الجلد تارة والرجم تارة وهذا لأن الثيب نوعان: محصن وغير محصن فبيّن النبي ﷺ حد كلا النوعين، ألا ترى أن في قصة العسيف ذكر الرجم ولم يذكر الجلد لما عرف إحصان الفاعل، فقال لأُنيس «اغد إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»(٢) ولم يقل فاجلدها، فدلّ في حق الثيب.

جئنا إلى البكر فنقول: الجمع بين الجلد وبين التغريب في حق الأبكار كان مشروعاً في الابتداء ثم انتسخ عرف ذلك بقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] ووجه ذلك أن الله تعالى جعل الجلد جزاءً في حق البكر والجزاء ما يكون كافياً، وإنما يكون كافياً إذا لم يجب معه شيء آخر، فاستقرت الشريعة على الجلد في حق الأبكار والثيب الذي هو ليس بمحصن، وعلى الرجم في حق الثيب الذي هو محصن.

الفصل الثاني
في معرفة الإحصان الذي هو شرط وجوب الرجم

فنقول: لهذا الإحصان شرائط ستة في أربعة منها اتفاق وفي ثنتين منها خلاف، أما الأربعة التي فيها اتفاق فثنتان منها لا يختصان بالزنا وهو البلوغ والعقل، فإن البلوغ والعقل شرط في سائر العقوبات بلا خلاف، وثنتان منها يختصان بالزنا وهو الحرية والإصابة بحكم نكاح صحيح، أما الحرية: فلأن الرجم علّق بالإحصان شرعاً واسم الإحصان يتناول الحريّة قال الله تعالى ﴿وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥] والمراد من المحصنات الحرائر، فكان تعليق الرجم بالإحصان تعليق الرجم بالحرية، وأما الإصابة بحكم نكاح صحيح: أما أصل الإصابة فقد عرف شرطاً بحديث عبادة بن الصامت عن رسول الله ﷺ فإنه إنما أوجب الرجم على الثيب، ولا ثيابة بدون الإصابة. وأما

---

(١) أخرجه مسلم في الحدود حديث ١٦٩٠، وأبو داود في الحدود حديث ٤٤١٥، والترمذي في الحدود حديث ١٤٣٤، وابن ماجه في الحدود حديث ٢٥٥٠.

(٢) أخرجه البخاري في الوكالة حديث ٢٣١٥، ومسلم في الحدود حديث ١٦٩٨، والترمذي في الحدود حديث ١٤٢٩، والنسائي في القضاة حديث ٥٤١٠، وابن ماجه في الحدود حديث ٢٥٤٩.

الإصابة بحكم نكاح صحيح: فإنما عرف شرطاً بالإجماع فإن الأمّة أجمعت على أنه لو حصلت الإصابة بنكاح فاسد أو بملك اليمين أنه لا يثبت الإحصان.

وأما الثنتان اللتان فيهما اختلاف فأحدهما كون كل واحد من الزوجين مساوياً لصاحبه في سائر شرائط الإحصان وقت الإصابة بحكم النكاح، فهذا شرط عندنا لثبوت هذا الإحصان خلافاً للشافعي [٤١٨ب/ ١].

بيان ذلك: أن الحر المسلم العاقل البالغ إذا تزوج أمة أو صبية أو مجنونة أو كتابية ودخل بها، فإن الزوج لا يعتبر محصناً بهذا الدخول عندنا لو زنى لا يرجم، وعند الشافعي يعتبر محصناً، وكذلك الحرة العاقلة البالغة المسلمة إذا زوجت نفسها من عبد أو مجنون ودخل بها لا تصير محصنة حتى إذا زنت لا ترجم، فالحجة لنا في ذلك قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] الله تعالى أوجب الجلد على جنس الزناة لو .....[1] وظاهر الآية لقلنا بوجوب الجلد، وإن حصلت الإصابة بنكاح صحيح وكل واحد من الزوجين مثل صاحبه في شرائط الإحصان وقت الإصابة لكن تركنا ظاهر الآية في المواضع بالإجماع، ولا إجماع فيما تنازعنا فيه فبقي داخلاً تحت ظاهر الآية، وروي عن رسول الله ﷺ أنه قال لكعب بن مالك حين أراد أن يتزوج يهودية: «دعها فإنها لا تحصنك»[2] ولم يرد به إحصان القذف؛ لأنه ثابت قبل النكاح، وكان المراد إحصان الرجم، وهكذا روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال لحذيفة حين أراد أن يتزوج نصرانية.

الشرط الثاني: الإسلام فالإسلام: شرط عند أبي حنيفة ومحمد وهو أحد قولي أبي يوسف، حتى إن الذميّ الثيب إذا زنى لا يرجم عند أبي حنيفة ومحمد وأحد قولي أبي يوسف، وفي قوله الآخر الإسلام ليس بشرط كما هو قول الشافعي وعن أبي يوسف رواية أخرى أنه فصل بين اليهودي والنصراني وبين المجوسي، فقال: يرجم اليهودي والنصراني ولا يرجم المجوسي وإذا أنكر الزاني إحصانه، فالقاضي لا يرجم ما لم يشهد الشهود على إحصانه، ولا خلاف أنه يثبت بشهادة رجلين.

وكذا يثبت بشهادة رجل وامرأتين عند علمائنا الثلاثة خلافاً لزفر، وينبغي للقاضي أن يسأل الشهود عن الإحصان ما هو، فإن قالوا فيما وصفوا تزوج امرأة حرة ودخل بها، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يكتفي بقولهم دخل بها خلافاً لمحمد، وأجمعوا على أنه يكتفي بقوله جامعها باضعها. فوجه قول محمد: أنهم شهدوا بما هو كناية عن الجماع، فلا يثبت به الإحصان قياساً على ما لو قال: مسها لمسها.

بيانه: أن الدخول بالمرأة كما يذكر ويراد به الجماع يذكر ويراد به الخلوة، فصار

---

(١) بياض بالأصل.
(٢) أخرجه الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٣٨.

الدخول نظير المس واللمس، فإن المسّ واللمس كما يذكر ويراد به الجماع يذكر ويراد به المس باليد بخلاف الجماع والمباضعة لأنه صريح في الباب. وهما قالا: شهدا بما هو صريح في باب الجماع، فكأنهم شهدوا أنه باضعها أو جامعها.

بيانه: أنهم ذكروا الدخول مضافاً إلى المرأة مقروناً بحرف الباء، والدخول متى ذكر مضافاً إلى المرأة مقروناً بحرف الباء يراد به الجماع عرفاً وشرعاً، أمّا عرفاً فظاهر، وأما شرعاً قال الله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم﴾ [النساء: ٢٢] والمراد به الجماع لأن الربيبة لا تحرم بدون الجماع، وما يقول: بأن الدخول بالمرأة يذكر ويراد به الخلوة هذا ممنوع بل يراد به الوطء، وفي الخلوة تستعمل كلمة على، يقال: دخل عليها، أما مع حرف الباء يراد به الوطء، وفي «البقالي»: أنه يكتفىٰ بقولهم اغتسل منها.

ولو شهدوا أنه تزوج امرأة حرة مسلمة ولم يشهدوا على الدخول غير أن لها منه ولد وهما مقرّان بالولد ولدهما، فالقاضي يجعله محصناً، لأن الدخول يثبت بشهادة الشرع وبإقرارهما أن الولد منهما، ولو ثبت ذلك بشهادة شاهدين، أليس أنه حكم بإحصانه فههنا أولى.

وفي «المنتقى»: إبراهيم عن محمد لو خلا رجل بامرأته ثم طلقها فقال الزوج: وطئتها، وقالت المرأة: لم يطأني، فإن الزوج يكون محصناً بإقراره والمرأة لا تكون محصنة، وكذلك لو دخل بها وطلقها وقال: هي حرة مسلمة، وقالت المرأة: كنت نصرانية.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد: رجل جامع امرأته وهي تجن أحياناً وتفيق أحياناً جامعها في حال جنونها صار محصناً بذلك، وقال في رجل زنى وهو محصن ثم ارتد ثم أسلم لم يسقط إحصانه وأرجمه قال الحاكم أبو الفضل: هذا خلاف ما ذكر في «الأصل».

وفي «نوادر المعلىٰ» عن أبي يوسف: رجل دخل بامرأته ثم جن أو صار معتوهاً ثم أفاق لا يكون محصناً حتى يدخل بها بعد الإفاقة. الحسن في كتاب الاختلاف إذا ارتد الزوجان لم يسقط إحصانهما في قول أبي يوسف.

إذا تزوج امرأة بغير ولي ودخل بها، قال أبو يوسف: لا يكونان بذلك محصنين.

عن أبي يوسف: شهد أربعة على رجل بالزنا وشهد شاهدان على إقراره بالإحصان لا يحد، قال: لأنه لو أقر أنه محصن ثم رجع قبل ذلك منه.

الفصل الثالث
في معرفة حجج ظهور الزنا عند القاضي بالإقرار أو البينة

فأما علم القاضي، فليس بحجة في هذا الباب، وكذلك في سائر الحدود الخالصة لله نحو حد السرقة، وحد شرب الخمر، علم القاضي ليس بحجة حتى لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه في هذه المواضع، وهذا استحسان، والقياس أن يقضي؛ لأن العلم الحاصل بالمعاينة فوق العلم الحاصل بالبينة، والإقرار بهذا الطريق جاز القضاء بعلمه في حقوق العباد.

وجه الاستحسان: أن قضية القياس ما قلتم، لكن تركنا القياس في الحدود الخالصة لله عز وجل بإجماع الصحابة ولا إجماع في سائر الحقوق، وفي الحدود التي هي حق العبد فترد سائر الحقوق والحدود التي هي حق العباد إلى أصل القياس، فثبت أن علم القاضي في هذا الباب ليس بحجة، وإنما الحجة البينة أو الإقرار.

مبتدأً نفصل البينة فنقول: الزنا الموجب للحد لا يظهر إلا بشهادة الأربع، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ﴾ [النساء: ١٥] الآية والمعنى في ذلك: أن السبيل في الفواحش سترها لما أن إشاعتها حرام قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلۡفَٰحِشَةُ﴾ [النور: ١٩] [٤١٩أ/ ١] فشرط زيادة العدد في الشهود مبالغة في الستر؛ لأن وقوف الأربع على زنا غيرهم وجه يحل لهم أداء الشهادة أندر من وقوف المثنىٰ، وإن شهد على الزنا أقل من أربعة بأن شهد واحد أو اثنين أو ثلاثة لا تقبل الشهادة، ويحد الشاهد حد القاذف عند علمائنا رحمهم الله وقال الشافعي: لا يحد الشاهد حد القذف.

وعلى هذا الاختلاف إذا حضر أربع مجلس القاضي ليشهدوا على رجل بالزنا فشهد واحد أو اثنين أو ثلاثة وامتنع الباقي، فإن الذي شهد يحد حد القذف عند علمائنا خلافاً للشافعي.

حجته في ذلك: أن الشهادة على الزنا أمر مشروع فلو جعلنا الشاهد قاذفاً بامتناع صاحبه لانسدّ باب الشهادة على الزنا؛ لأن كل شاهد يمتنع عن الشهادة مخافة أن يمتنع صاحبه عن الشهادة فيجب عليه الحد فيؤدي إلى سد باب الشهادة على الزنا وأنه لا يجوز.

وجه قول علمائنا: أن القياس ما قاله الشافعي لكن تركنا القياس بإجماع الصحابة فإنه روي أن أربعة حضروا مجلس عمر رضي الله عنه ليشهدوا على المغيرة بالزنا فشهد ثلاثة منهم وامتنع الرابع عن الشهادة فحد عمر رضي الله عنه الثلاثة وكان ذلك بمحضر من المهاجرين والأنصار، ولم ينكر عليه أحد، فحل محل الإجماع.

وكذلك لو جاء الأربعة متفرقين في مجالس مختلفة وشهد على الزنا واحد بعد واحد لم تقبل هذه الشهادة ويحدون حد القذف عندنا.

وفي «المنتقىٰ»: إبراهيم عن محمد رحمه الله لو جاؤوا فرادى وقعدوا مقعد الشهود وقام إلى القاضي واحد بعد واحد قبلت شهادتهم؛ لأنه يمكنهم أداء الشهادة دفعةً واحدةً؛ لأن القاضي لا يفهم كلام واحد منهم إذا تكلموا جملة، فسقط اعتبار التفرق في الأداء ضرورة ولا ضرورة إلى إسقاط اعتبار التفرق في المجلس فلا يسقط، وإن كانوا خارج المسجد ضربوا جميعاً.

وفيه أيضاً: عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال: لا يقبل في الزنا من الشهود إلا أربعة عدول يجيئون معاً وإن كانوا قريباً من القاضي، فدعا شاهد بعد شاهداً حتى جاء الأربعة قبل شهادتهم، فإن دعا واحداً فأجاب ثم دعا الثاني، فأجاب ثم دعا الثالث فلم يجب حد الذين شهدا حد القذف، وكذلك لو كان هذا مع الرابع.

وإذا شهد أربعة على امرأة بالزنا وأحدهم زوجها فإن لم يكن الزوج قذفها قبلت شهادتهم وأقيم عليها الحد، وإن كان الزوج قذفها أولاً وباقي المسألة بحالها فهم قذفة يحدون، وعلى الزوج اللعان.

والفرق: أن شهادة الزوج بعد سبق القذف غير مقبولة، لما فيها من دفع الحد عن نفسه بغير شهادة ثلاثة، أما شهادته قبل سبق القذف منه مقبولة؛ لأنه لا يدفع عن نفسه حكماً بهذه الشهادة، وله في هذه الشهادة ضرر، فإنه يعير بزنا امرأته، كانت أبعد عن التهمة كشهادة الوالد على ولده.

ولو جاء الزوج مع ثلاثة وشهدوا أنها زنت ولم يعدلوا فلا حدّ عليها؛ لأن الله تعالىٰ أمر بالتوقف في خبر الفاسق وإنه يمنع العمل بها في إقامة الحد عليها عمل بها ولا حد على الشهود أيضاً ولا لعان على الزوج أيضاً، لأن كلامهُ شهادة وليس بقذف.

وكذلك لو شهد أربعة من الفساق على رجل بالزنا لا حدّ على المشهود عليه ولا حد على الشهود.

واعلم بأن الشهود عندنا أصناف: صنف هم أهل لشهادة حتى ينعقد النكاح بحضرتهم وأهل لأدائها حتى أنهم إذا شهدوا تقبل شهادهم، وهم الأحرار المسلمون العاقلون البالغون العدول، فإذا شهد أربعة منهم على رجل بالزنا، فالقاضي يقبل شهادتهم ويحد المشهود عليه ولا شيء على الشهود.

وصنف هم أهل للشهادة حتى ينعقد النكاح بحضرتهم ليس لهم أهلية الأداء قطعاً وهم العميان والمحدودون في القذف، فإن النكاح ينعقد بحضرتهم، ولكن إذا شهدوا عند القاضي في حادثة فالقاضي لا يقضي بشهادتهم، فإذا شهد أربعة منهم على رجل بالزنا يحدون حد القذف ولا يحد المشهود عليه، أما لا يحد المشهود عليه؛ لأن الزنا لم يثبت بشهادة هؤلاء، ألا ترى أن أسباب المال لا تثبت بشهادة هؤلاء، فأسباب العقوبات أولى وأما الشهود فيحدون؛ لأن الموجب بحد القذف وهو القذف بالزنا وجد من كل شاهد إلا أن عند تكامل العدد في قوم لهم شهادة أداءً وسماعاً يخرج من أن يكون قذفاً ويصير حسبة فإذا فات أحد الوصفين يبقى قذفاً فتوقع عليه أحكام القذف.

وصنف هم أهل للشهادة حتى ينعقد النكاح بحضرتهم وفي أهلية الأداء تردد واحتمال وهم الفساق، فإنهم من أهل الشهادة حتى ينعقد النكاح بحضرتهم وأهلية الأداء لم تبطل قطعاً ويقيناً بل فيه احتمال، لأنه ربما يصدق وربما لا يصدق، فإذا شهد أربعة منهم على رجل بالزنا لا يحد المشهود عليه لاحتمال الكذب في شهادتهم، ولا يحد الشهود أيضاً؛ لأنه يثبت بشهادتهم شبهة الزنا في حق المشهود عليه باعتبار أهلية الأداء من [٤١٩ب/ ١] قضاء واحد قد ثبت في حقه شبهة الزنا، فيكون صدقه من وجه فلا يحدون.

وصنف ليسوا من أهل الشهادة وليسوا من أهل أدائها، وهم العبيد والصبيان حتى لا ينعقد النكاح بحضرتهم، ولو شهدوا في حادثة فالقاضي لا يقضي بشهادتهم، فإذا شهد

أربعة منهم على رجل بالزنا لا يحد المشهود عليه ولا يحد الشهود إن كانوا صبياناً وإن كانوا عبيداً يحدون.

نوع آخر

إذا شهد أربعة على الرجل بالزنا في مجلس واحد فالقاضي يسألهم عن الزنا ما هو وكيف هو، ويسألهم عن وقت الزنا أيضاً فيسألهم متى زنى، هكذا ذكر في رواية أبي سليمان، وزاد في رواية أبي حفص ويسألهم عن المزني بها وعن مكان الزنا يسألهم بمن زنى وأين زنى، وإنما يسألهم عن ماهية الزنا؛ لأن اسم الزنا قد يطلق بطريق المجاز على أفعال ليست بزنا حقيقة لا لغة ولا شرعاً، فإنه يطلق على فعل العين واليد والرجل قال عليه السلام: «العينان تزنيان»(١) الحديث، وكذلك يطلق على فعل فيما دون الفرج، فيقال: زنى فيما دون الفرج والحد لا يجب بالزنا المجازي.

فلا بد من السؤال عن ماهية الزنا ليعلم مرادهم من هذا الاسم، فإذا بينوا ما هو زنا حقيقة، وقالوا: رأيناه أدخل فرجهُ في قبلها كالميل في المكحلة الآن يسألهم عن كيفية الزنا، لأن الزنا الحقيقي قد يكون زناً لغة لا شرعاً كفعل الصبي والمجنون، وقد يكون زناً لغة وشرعاً كفعل العاقل البالغ في محل يعرى عن الحل وعن شبهة الحل، والحد لا يجب إلا بما هو زناً لغة وشرعاً فلا بد من السؤال عن الكيفية ليعلم أنهم شهدوا، وبما هو زناً لغة أو بما هو زناً لغة وشرعاً، ثم إذا بينوا كيفية الزنا يسألهم عن الوقت؛ لأن الزنا إذا ثبت بالبينة والعهد متقادم لا يقضي بالحد لما نبين بعد هذا إن شاء الله، فلا بد من السؤال عن الوقت ليعلم أن العهد هل تقادم أولا، ثم إذا بينوا وقتاً لا يصير العهد به متقادماً يسألهم عن المزني بها حتى يعرف أن المحل هل يعرىٰ عن شبهه الحل أو لم يتعرّ، ثم يسألهم عن المكان ليعلم أن الزنا وقع في دار الحرب أو في دار الإسلام، فإن الزنا في دار الحرب لا يوجب الحد أو ليعلم اتحاد المكان للزنا في دار الإسلام، فإن اتحاد المكان شرط للقضاء بالحد متى ثبت الزنا بالبينة، ألا ترى أنه لو شهد شاهدان أنه زنى بها في هذه الدار وشهد آخران أنه زنى بها في هذه الدار الأخرىٰ لا تقبل هذه الشهادة.

ثم إذا بينوا المكان والقاضي يعرفهم بالعدالة يسأل المشهود عليه عن إحصانه، لأن الحد يختلف؛ لأن حد المحصن الرجم وحد غير المحصن الجلد، فإن قال: أنا محصن أو شهد الشهود على إحصانه: إن أنكر يسأله الحاكم عن الإحصان، فإذا وصفه على الوجه رجمه، وإن لم يصف هو وقد ثبت إحصانه بالبينة، فيسأل الشهود عن الإحصان، فإذا وصفوا على الوجه رجمهُ وإنما استفسر عن الإحصان، لأن شرائط الإحصان مختلف

(١) أخرجه البخاري في القدر حديث ٦٦١٢، ومسلم في القدر حديث ٢٦٥٧، وأبو داود في النكاح حديث ٢١٥٢، كلهم رووه بلفظ: «زنا العينين النظر». وأخرجه بلفظ «العينان تزنيان» أحمد في المسند ٢/ ٣٧٢، ٤١١، ٥٢٨، ٥٣٥.

فيها على ما مر قبل هذا فلا يؤمن أن يعتقد المشهود عليه أو الشهود في الإحصان ما لا يعتقده القاضي، وإن قال إنه غير محصن ولم يشهد الشهود على إحصانه جلده، وإن لم يعرفهم القاضي بالعدالة حبس المشهود عليه إلى أن تظهر عدالتهم، لأن الزنا إن لم يثبت حقيقة قد ثبت تهمة الزنا فالحبس بالتهمة مشروع. روى بهز بن حكيم أن رسول الله ﷺ ورضي عنه حبس رجلاً بالتهمة(١).

فرق بين هذا وبين حقوق العباد، فإن في حقوق العباد لا يحبس المشهود عليه قبل التزكية. والفرق: وهو أن أقصى ما شرع من العقوبة في حق العباد بعد التزكية يعاقب بما دون ذلك وذلك أخذ الكفيل، في باب الزنا أقصى ما شرع من العقوبة الجلد أو الرجم فقبل التزكية يجب عقوبة هي دونها وذلك الحبس.

وإن شهد رجل واحد بالزنا فالقاضي لا يحبس المشهود عليه بشهادة شاهد واحد، والفرق: وهو أن شهادة الواحد في هذا الباب ليست بشهادة حقيقة بل هي قذف. ألا ترى أنه يقام عليه حد القذف، وإذا لم يكن شهادة على الحقيقة لم يثبت بشهادته لا حقيقة الزنا ولا تهمة الزنا فلم يجب الحبس، أما شهادة الواحد في سائر الحدود شهادة حقيقة وليست بقذف، ألا ترىٰ أنه لا يعذر الشاهد وإذا كان شهادة على الحقيقة يثبت بها تهمة المشهود به، وإن كان لا يثبت بها حقيقة المشهود به والتهمة كافيه للحبس. فلو أن القاضي حين سأل الشهود عن ماهية الزنا وعن كيفية الزنا قالوا لا نزيد على هذا، فالقاضي لا يحد المشهود عليه ولا الشهود.

وإذا شهد الشهود على رجل بالزنا بعد حين، فالقاضي لا يقبل شهادتهم ولا يقضي على المشهود عليه بالحد.

يجب أن يعلم بأن الشهادة على حد الزنا وما أشبهه من الحدود الخالصة لله تعالى نحو السرقة وشرب الخمر تبطل بتقادم العهد عند علمائنا والمعنى في باب الزنا وشرب الخمر تهمة الضغينة في الدعوى عند عامة المشايخ، وعند بعضهم تهمة الضغينة في [١٤٢٠أ/ ١] الشهادة بيان تهمة الضغينة في الشهادة في فصل الزنا أو شرب الخمر، إن الشاهد متى عاين الزنا أو شرب الخمر مخير بين حسبتين حسبة أداء الشهادة ليقام الحد فيحصل الانزجار وحسبة الستر على المسلم بالامتناع عن الشهادة، فإن الشرع ندبنا إلى الستر قال عليه السلام «من ستر على أخيه المسلم عورة ستر الله عليه عوراته يوم القيامة»(٢).

فإن قصدوا أداء الشهادة لإقامة الحد لا يباح لهم التأخير ويكون التأخير منهم فسقاً، وإذا أخروا يحمل تأخيرهم على أنهم اختاروا الستر، إذ لو لم يحمل على هذا كان

---

(١) انظر أبا داود في الأقضية باب ٢٩، والترمذي في الديات باب ٢٠، والنسائي في السارق باب ٢، وأحمد في المسند ٥/ ٢.

(٢) أخرجه البخاري في المظالم حديث ٢٤٤٢، ومسلم في البر والصلة حديث ٢٥٨٠، وأبو داود في الأدب حديث ٤٨٩٣، والترمذي في الحدود حديث ١٤٢٦، وابن ماجه في الحدود حديث ٢٥٤٦.

يغنم ماله إذا صار مرتداً، ولأن اللواء إنما ينعقد للجهال مع الكفرة لا لإقامة الحد فدلت هذه الدلائل أن الأمر بالقتل كان بسبب الردة وعندنا إذا فعل هذا الفعل مستحلاً فإنه يكفر.

وفي «القدوري»: إذا وجد العقد حلالاً أو حراماً متفقاً على تحريمه كنكاح المحارم والخاصة، أو مختلفاً فيه كالنكاح بغير ولي عند من لا يجيزه. ولا حد على الواطىء علم الواطىء بالحرمة أو جهل، ويصير العقد شبهة، وهذا قول أبي حنيفة، وعندهما إذا تزوج نكاحاً مجمعاً على تحريمه كنكاح المحارم والخاصة وأخت المرأة وعلم الواطىء بالحرمة يجب الحد ولا يصير العقد شبهة.

وفيه أيضاً: إذا تزوج أمة على حرة، أو تزوج مجوسية أو أمة بغير إذن مولاه، أو العبد تزوج بغير إذن المولى أو تزوج بغير شهود ووطئها فلا حد بالإجماع لمكان الشبهة، والشبهة على أصل أبي حنيفة ظاهرة في هذه المواضع كلها، وعندهما النكاح ليس بمحرم على التأبيد في بعض هذه المواضع، وفي بعضها مختلف في تحريمه، والشبهة عندهما [٤٢٧ب/١] إنما تنتفي إذا كان متفقاً على تحريمه وتكون الحرمة على سبيل التأبيد.

وإذا كان الوطء بملك نكاح أو بملك يمين والحرمة بعارض أمر، فذاك لا يوجب الحد بحق الحائض والنفساء والصائمة والمحرمة والموطوءة بشبهة والتي ظاهر منها أو آلى منها، وكذلك الأمة المملوكة إذا كانت محرمة عليه بسبب الرضاع أو الصهرية، أو باعتبار كونها ذات رحم محرم منه في نكاحه، أو هي مجوسية أو مرتدة فلا حد عليه وإن علم بالحرمة؛ لأن الملك قائم وإنه مطلق الوطء ومع وجود المطلق لا يمكن إيجاب الحد.

وفي «الأصل»: إذا تزوج امرأة فزفت إليه غيرها فوطئها فلا حد عليه، لأن الوطء صادف ملكه ظاهراً، ولو زنى بامرأة ثم قال حسبتها امرأتي فعليه الحد؛ لأنه اشتبه عليه ما لا يشتبه غالباً، فإن من رأى امرأته لا تشتبه عليه امرأته غالباً، وإنما تشتبه عليه امرأته إذا زفت إليه أول مرة؛ لأنه لم ير امرأته، وإنما يعرفها بقول الناس، فإذا قالوا له: إنها امرأتك فقد ثبت الملك له فيها ظاهراً وذلك كافٍ لدرء الحد.

وفي «القدوري»: الأعمى إذا وجد في بيته امرأة فوقع عليها وقال: ظننتها امرأتي فعليه الحد؛ لأن فعله لم يستند إلى سبب ظاهر، لأنه قد يكون في بيته المحارم والأجنبية. وفي «المنتقى»: الأعمى إذا دعى امرأته فجاءته امرأة غيرها عليهما حد؛ لأنه يمكن الوقوف على امرأته ظاهراً بالكلام وإخبارها، ولو أجابته فقالت: أنا فلانة فوقع عليها فإذا هي غيرها لا يحد، وهي كالمزفوفة إلى غير زوجها فلا يحد ويثبت النسب.

وفي «الأصل»: الأعمى إذا دعى امرأته إلى فراشه فأتته أجنبية فواقعها، فإن كانت قالت له: أنا زوجتك فلا حد عليه، وإن لم تخبره بذلك ولكن جاءت ساكتة كان عليه الحد عند محمد خلافاً لأبي يوسف رحمهما الله.

وإذا زنى صبي أو مجنون بامرأة عاقلة وهي مطاوعة فلا حد على الصبي والمجنون بلا خلاف، وهل تحد المرأة؟ فعلى قول علمائنا لا تحد، وعلى قول الشافعي تحد، والمسألة معروفة.

لواء، فقلت إلى أين؟ فقال بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل تزوج بامرأة أبيه بعد وفاته، وفي رواية عرس بامرأة أبيه أن أقتله[١] ولو أورث هذا النكاح شبهة ما أمر بقتله.

والمعنى أن هذا وطء تعرى عن عقد وعن شبهة عقد وعن شبهة اشتباه، فيوجب الحد قياساً على ما قبل العبد، وإنما قلنا تعرى عن عقد؛ لأن عقد النكاح أضيف إلى غير محله؛ لأن المرأة محل للنكاح شرعاً بصفة الحل على ما قال الله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وهذه لا تحل للنكاح، وكان العقد مضافاً إلى غير محله، والعقد متى أضيف إلى غير محله يلغو ولا يثبت لا حقيقة العقد ولا شبهته كبيع الحر ونكاح الغلام لما أضيف إلى غير محله لغئ ولم يثبت لا حقيقة العقد ولا شبهة العقد، فكذلك هذا.

وإذا ألغي النكاح لكونه مضافاً إلى غير محله صار وجود هذا النكاح وعدمه بمنزلة، وكان الوطء متعرياً عن نكاح وعن شبهة نكاح، ولا يلزم على ما قلنا إذا قال: ظننت أنها تحل لي؛ لأنا قلنا تعرىٰ عن عقد وعن شبهة عقد وشبهه اشتباه، ولم يتعر هذا الوطء عن شبهة اشتباه؛ لأنه اشتبه عليه ما يشتبه، فإن النكاح شرع مبيحاً للوطء، فإذا قال: ظننت أنه يبيح في هذا المحل كما في الأجنبية فقد اشتبه عليه ما يشتبه فيعذر، كما لو وطىء الابن جارية أبيه، وقال ظننت أنها تحل لي، فأما إذا قال: علمت بالحرمة وتعمدت مع ذلك فقد تعرىٰ عن شبهة الاشتباه وعن شبهة العقد فيجب الحد، كما لو وطىء الابن جارية ابيه، وقال: علمت أنها علي حرام.

فأما أبو حنيفة رضي الله عنه ذهب في ذلك إلى أن هذا وطء حصل عن شبهة عقد، فلا يوجب الحد كما لو قال ظننت أنها تحل لي وقياساً على النكاح الفاسد، وإنما قلنا عن شبهة عقد، وذلك لأن هذا العقد مضاف إلى محله من وجه وإلى غير محله من وجه، وذلك بأن المرأة إنما صارت محلاً للنكاح شرعاً بالأبوة والحل، أما بالأبوة لأن الله تعالى قال: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣] وإنه اسم للأنثى وبالحل؛ لأنه قال ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] فهنا إن لم يوجد الحل في حق العاقد فقد وجدت الأبوة، فكان العقد مضافاً إلى محله من وجه وإلى غير محله من وجه، فلو كان مضافاً إلى غير محله أصلاً لم ينعقد ولم يثبت بها شبهة عقد، ولو كان مضافاً إلى محله من كل وجه يثبت حقيقة العقد، فإذا كان مضافاً إلى محله من وجه وإلى غير محله من وجه يثبت شبهة العقد والشبهة في باب الحدود كالحقيقة، وهذا بخلاف النكاح على الغلام لا يثبت به شبهة عقد؛ لأنه مضاف إلى غير محله من كل وجه، لأن المحلية شرعاً ثابتة بالأبوة والحل، ولم يوجد أحد هذين وكان مضافاً إلى غير محله، فأما هذا النكاح فمضاف إلى محله من وجه وإلى غير محله من وجه، فيثبت به شبهة العقد، وأما تعلقه بالحديث فهو محمول على أنه استحل ذلك، فصار مرتداً، ألا ترى أنه أمر بقتله، ولو كان الواجب حداً لأمره بالرجم أو بالجلد، والدليل عليه ما روي في بعض الروايات أنه قال له: اقتله وأخمس ماله، وإنما

(١) أخرجه أبو داود في الحدود حديث ٤٤٥٦.

يقرا جميعاً بالحرمة أنهما قد علما بالحرمة، ولم يذكر فيه خلافاً، وذكر المعنى فقال: الشبهة في الفعل في أحد الجانبين تتعدى إلى الجانب الآخر ضرورة، وتبين بما ذكر في «العيون» أن المذكور في «القدوري» قولهما.

ولو طلق امرأته ثلاثاً أو طلقها بمال أو خالعها ثم وطئها في العدة، وقال: ظننت أنها تحل لي لا حد عليه، لأن هذا اشتباه في موضعه؛ لأن بعد الطلقات الثلاث والخلع بقيت منكوحته في بعض الأحكام نحو النفقة والسكنى وثبات النسب إن هي جاءت بالولد، وحرمة نكاح أختها وأربع سواها وحرمة قبول شهادة كل واحد منهما لصاحبه. وزال النكاح في حق بعض الأحكام، ولا يتوارثان ولا يجري بينهما إيلاء ولعان فربما يشتبه عليه فيقيس حل الوطء على بعض الأحكام التي بقيت فقد اشتبه عليه ما يشتبه مثله فعذر، وإن لم يشتبه عليه لا يعذر.

وكذلك إذا أعتق أم ولده ووجبت عليها العدة فوطئها في العدة، وقال: ظننت أنها تحل لي؛ لأن عتق أم الولد يوجب زوال الملك ونفقة العدة، فكان نظير الطلقات الثلاث والخلع في المنكوحة.

وكذلك العبد إذا وطىء جارية مولاه وقال ظننت أنها تحل لي لا يحد، لأن هذا اشتباه في موضعه؛ لأن العبد في مال مولاه بسوطة يد، فربما يشتبه [٤٢٧أ/ ١] عليه أنه يبسط يده في وطء جاريته كما يبسط في الدخول في داره وفي الجلوس على فراشه وغيره، فجعل عذراً، وإذا لم يجب الحد في هذه المسائل يجب العقر؛ لأن الوطء الحرام في الدنيا لا يخلو عن عقوبة أو غرامة تعظيماً لمنافع البضع، فإذا تعذر إيجاب العقوبة يجب العقر بطريق الغرامة تعظيماً لمنافع البضع، ولا يثبت نسب الولد في هذه المسائل؛ لأن الوطء حصل في غير الملك وكان زنا، لكن بحكم الجهل والاشتباه صار معذوراً في حق سقوط الحد، وثبات النسب يعتمد قيام الملك في المحل إما من كل وجه أو من وجه.

قال في «القدوري»: ومن عدا الوالد والوالدة ومن بمعناهما في الولاد بين ذي الرحم المحرم كالأخ والأخت إذا وطىء جاريته يجب الحد عليه، وإن قال: ظننت أنها تحل لي، وكذلك إذا وطىء جارية أبيه؛ لأنه لا . . . .[1] له في مال هؤلاء، فلم يكن الظن مستنداً إلى دليل.

وإذا تزوج امرأة لا يحل له نكاحها بأن تزوج أمة أو ذات رحم محرم منه أو معتدة الغير أو منكوحة الغير أو مطلقة، لأنهم أجمعوا على أنه إذا قال: ظننت أنها تحل لي، فإنه لا يحد ولكنه يعذر، واختلفوا فيما إذا قال: علمت أنها علي حرام، قال أبو حنيفة: لا حد عليه ولكنه يعذر، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: بأنهما يحدان إذا علما بالحرمة. واحتج من خالف بما روى البراء بن عازب أنه قال: لقيت بردة بن دينار ومعه

(١) بياض بالأصل.

المتعة إن لم يكن سبباً في الرهن، وقد انعقد له سبب ملك في حق المال فيشتبه عليه أنه يثبت بذلك القدر ملك المتعة، فيعذر إذا اشتبه عليه ولا يعذر إذا لم يشتبه عليه، بخلاف الإجارة؛ لأن الثابت بالإجارة ملك المنفعة، وإنه لا يتصور سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه ما لا يشتبه، وبخلاف البيع بشرط الخيار، لأنه إنما يفيد له الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب لملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة، وهنا إنما يملك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد له ملك المتعة بحال من الأحوال، فكان بمنزلة ملك المنفعة.

ومن جملة ذلك إذا وطىء جارية مكاتبة، فإنه لا حد عليه على كل حال؛ لأن ملك المولى قائم في رقبة المكاتب حقيقة إن زالت عنه يد التصرفات، وقيام الملك في رقبته يستدعى ثبوت الملك في كسبه حقيقة.

ومن جملة ذلك: جارية العبد المأذون له في التجارة سواء كان عليه دين أو لم يكن، لأنه أقرب إلى المولى من المكاتب.

ومن جملة ذلك: إذا وطىء جارية فافلته لأن له ولاد يحل محل الأب.

ومن جملة ذلك واحد من الغانمين إذا وطىء جارية من الغنيمة قبل القسمة بعد الإحراز بدار الإسلام أو قبله لاحد عليه، وإن لم يدع الشبهة إلا أنه لا يثبت نسب الولد، فالمسألة تعرف في «السير» وكذا المسائل التي تنبني على شبهة الاشتباه.

ومن جملة ذلك إذا وطىء الرجل جارية أبيه وقال: ظننت أنها تحل لي لا حد عليه، لأن هذا اشتباه في موضعه، لأن القرب بين الأب والابن واحد، وهذا القرب أوجب تأويلاً في أحد الطرفين فحسب أنه يوجب تأويلاً في الطرف الآخر، توضيحه: أن مال أبيه في حق الشهادة جعل كماله حتى لا تقبل شهادته لابيه، كما لا تقبل شهادته لنفسه، فحسب أن جارية أبيه في حق الوطء جعل كجاريته، فعذر في حق دفع الحد.

وكذلك إذا وطىء جارية أمه، وقال: ظننت أنها تحل لي لا حدّ عليه؛ لأن الأم بمنزلة الأب في القرب والتعصبية.

وكذلك إذا وطىء جارية امرأته وقال: ظننت أنها تحل لي لا حد عليه، لأنه اشتباه في موضعه، لأنه ينتفع بنفس المرأة فحسب أن جاريتها في حق الانتفاع بها بمنزلتها وسائر أموالها.

وفي «العيون»: وإذا زنى بجارية أبيه أو أمه أو خدمه، وقال: ظننت أنها تحل لي، وقالت الجارية: علمت أنه علي حرام دريء الحد عنهما بالاتفاق، لأن بدعوى الحل تمكنت الشبهة في فعل الرجل فيمكن في تمكينها نفع لفعل الرجل، ولو كان على العكس فكذلك عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وعند أبي حنيفة رضي الله عنه يجب عليه الحد خاصة؛ لأن بدعواها الحل تتمكن الشبهة في تمكينها ولا يتمكن في فعل الرجل، لأنه ليس بتبع لفعلها.

وفي «القدوري»: إذا ادعى أحدهما الظن ولم يدع الآخر ذلك فلا حد عليهما حتى

رضوان الله عليهم خلاف في أن العتق يتجزأ ولا يتجزأ، قال علي: بأنه يتجزأ، كما قال أبو حنيفة، وقال زيد رضي الله عنه: بأنه لا يتجزأ، كما قالا، فهما: إن رجحا قول زيد رضي الله عنه على قول علي يبقى شبهة التجزؤ بقول علي؛ لأنهما إنما رجحا قول زيد بضرب من الاجتهاد، والاجتهاد لا يوجب علم اليقين، فتبقى شبهة التجزؤ بقول علي رضي الله عنه، وإذا بقي شبهة التجزؤ بقي شبهة الملك للساكت في نصيبه بقول علي رضي الله عنه فأورث [شبهة] في درء ما يندرىء بالشبهات.

وهذا كما لو قالوا جميعاً في المكاتب، إذا قتل عن وفاء ثم أديت كتابته وحكم بعتقه لا يكون لورثة المكاتب استيفاء القصاص، وذلك لأنا وإن رحجنا قول علي رضي الله عنه بضرب من الاجتهاد وحكمنا بكونه حراً بقي شبهة أنه مات عبداً بقول زيد رضي الله عنه، فأورث شبهة في درء ما يدرأ بالشبهات فكذلك هذا، وإذا لم يجب الحد عندهم جميعاً وجب العقر.

وكذلك الجواب فيما إذا كان جميع الأمة له وقد أعتق نصفها، ثم وطئها بعد ذلك لا حد عليه في قولهم جميعاً لما ذكرنا.

وإذا زنى بجارية هي رهن عنده، إن قال: علمت أنها حرام علي فإنه يقام عليه الحد، وإن قال: ظننت أنها تحل لي فإنه لا يقام عليه الحد، هكذا ذكر في كتاب الحدود، وذكر في كتاب الرهن وقال: لا حد عليه ادعى الاشتباه أو لم يدع، فكان على رواية كتاب الرهن أثبت للمرتهن بعقد الرهن شبهة حكمية حتى سقط الحد عنه اشتبه عليه أو لم يشتبه، وعلى رواية كتاب الحدود أثبت شبهة الاشتباه.

وجه ما ذكر في كتاب الرهن ظاهر، وهو أنه وطىء جارية انعقد له فيها سبب الملك [٤٢٦ب/ ١] فلا يجب عليه الحد اشتبه عليه أو لم يشتبه قياساً على ما لو وطىء أمة اشتراها على أن البائع بالخيار، وإنما قلنا انعقد له فيها بسبب ملك؛ لأن عقد الرهن سبب ملك متى اتصل به الهلاك؛ لأنه بالهلاك يصير مستوفياً لحقه من وقت الهلاك، وإذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك للحال وتأخر حقيقة الملك إلى وقت الهلاك وكان بمنزلة البيع على أن البائع بالخيار.

ووجه ما ذكر في كتاب الحدود، وهو أن عقد الرهن عقد لا يفيد له ملك المتعة بحال، فقيامه لا يورث شبهة حكمية قياساً على الإجارة، فإن عقد الإجارة لما كان لا يفيد له ملك المتعة لم يورث قيام الإجارة في المحل شبهة حكمية، حتى لو استأجر أمة للخدمة فزنى بها يجب عليه الحد، وإنما قلنا لا يفيد له ملك المتعة بحال؛ لأن عقده الرهن لا يفيد له ملكاً للحال، وإنما يفيد له الملك بعد الهلاك فإن بالهلاك يصير مستوفياً لحقه وبعد الهلاك لا يملك المتعة.

وإذا لم يفد هذا العقد ملك المتعة لم يورث قيامه شبهة حكمية، وكان يجب أن يكون عليه الحد اشتبه عليه أو لم يشتبه كما في الجارية المستأجرة، إلا أنه لا يجب عليه الحد إذا اشتبه عليه؛ لأنه اشتبه عليه ما يشتبه؛ لأن ملك المال في الجملة سبب لملك

وقال بعضهم: الشبهة نوعان: شبهة مشابهة وهو أن يكون الوطء الواقع مشابهاً للوطء الحلال لقيام دليل الحل فيه، إلا أنه لم يثبت حقيقة الحل لمانع، فبحكم قيام دليل الحل يصير شبهة الحلال، فهذه الشبهة مانعة وجوب الحد ادعى الاشتباه أو لم يدع. وشبهة اشتباه على التفسير الذي قلنا وحكمها ما ذكرنا.

فأما المسائل التي تبنى على شبهة المشابهة وعلى الشبهة الحكمية فمن جملتها: الأب إذا وطىء جارية ابنه، والوجه في ذلك: أن النبي ﷺ أضاف مال الولد إلى الأب بلام التمليك[1]، ولم يثبت التمليك ولم يثبت حقيقة الملك، فثبت شبهة الملك عملاً بحذف اللام بقدر الممكن، فبعد ذلك ننظر إن حبلت الجارية وولدت ثبت نسب الولد من الأب، وعلى الأب قيمة الجارية ولا عقر عندنا، وإن لم تحبل فعلى الأب العقر.

ومن جملة ذلك إذا قال لامرأته: برية أو ما أشبه ذلك: وأراد به البينونة أو الثلاث ثم جامعها في عدتها؛ لأن بين الصحابة اختلافاً في وقوع البينة بهذه الألفاظ، ولا تصح نية الثلاث فيها، نحن وإن لم نأخذ به يبقى شبهة أن النكاح قائم بقول عمر رضي الله عنه.

ومن جملة ذلك: تقبيل الرجل أم امرأته أو ابنتها، أو قبلت المرأة ابن زوجها، أو أباه حتى حرمت عليه، ثم إن الزوج وطئها؛ لأن بين الصحابة اختلافاً في وقوع الفرقة بهذه الأسباب، فعبد الله بن عباس كان يقول: الحرام لا يحرم الحلال، نحن وإن لم نأخذ بقوله ببقاء شبهة قيام النكاح بقوله.

وكذلك إذا ارتدت المرأة ثم إن الزوج جامعها في العدة؛ لأن من الصحابة من قال: لا تقع الفرقة بالردة ما لم تمض ثلاث حيض، فتبقى شبهة قيام النكاح بقوله.

ومن جملة ذلك: البائع إذا وطىء الجارية المبيعة قبل التسليم؛ لأن الجارية قبل البيع كانت مملوكة له ملك رقبة وملك يد وقد بقي ملك اليد بعد البيع قبل التسليم فتبقى الشبهة بحكم ملك اليد.

ومن جملة ذلك: إذا وطىء الزوج الجارية المجعولة بهذا قبل التسليم إلى المرأة.

ومن جملة ذلك: إذا وطىء جارية مشتركة بينه وبين غيره. ومن جملة ذلك: إذا أعتق الرجل جارية مشتركة بينه وبين غيره وهو معتبر، وقضى عليها بالسعاية لشريكه فوطئها الشريك لاحد عليه عندهم جميعاً، وهذا الجواب على قول أبي حنيفة لا يشكل؛ لأن العتق عنده متجزىء، فإنما عتق نصيب المعتق ونصيب الساكت بقي ملكاً للساكت، ألا ترى لو أعتق بعد عتقه، وإذا بقي نصيبه على ملكه فمتى اختار الساكت سعايتها صارت مكاتبة للساكت، ومن وطىء مكاتبته لا حد عليه، وإنما الإشكال على قولهما، فإن العتق عندهما لا يتجزأ، فإذا أعتقها أحدهما عتق الكل ولم يبق للساكت فيها لا حقيقة ملك ولا شبهة ملك، وكان يجب أن يجب الحد على قولهما، ولكن الجواب عنه أن بين الصحابة

---

(١) لفظ الحديث: «أنت ومالك لأبيك» أخرجه ابن ماجه في التجارات حديث ٢٢٩١، وأبو داود حديث ٣٥٣٠، وأحمد في المسند ٢/ ٢٠٤.

والمحل، فإذا أنكرت فقد المحل، والفعل منه بدون المحل لا يتصور، وكذا إذا ادعت المرأة الزنا وأنكر الرجل، فالكلام فيه أظهر، لأن التمكين بدون الفعل لا يتصور.

وذكر في «الأصل» عن أبي حنيفة فيمن أقر بالزنا وادعت المرأة الاستكراه، قال: يحد الرجل ولا تحد المرأة؛ لأنها ما أنكرت المحلية لكنها ادعت شبهة، لو تيقنا بذلك لم يتعد إلى جانب الرجل.

ولو أقر أنه زنى بصبية يجامع مثلها أو مجنونة فعليه الحد، ولو أقرت أنها زنت بصبي أو مجنون فلا حد عليها عندنا.

الذي أسلم في دار الحرب إذا أقر أنه كان زنى في دار الحرب قبل أن يسلم فلا حد عليه، وإذا قال العبد بعدما عتق: زنيت وأنا عبد لزمه حد العبيد؛ لأنه أقر بزنا موجب حد العبيد، بخلاف ما إذا قال بعد البلوغ: زنيت وأنا صبي؛ لأنه أقر بزنا غير موجب للحد أصلاً، ويقام الحد على العبد إذا أقر بالزنا أو بغيره مما يوجب الحد وإن كان مولاه غائباً وكذلك القطع والقصاص، وفرق أبو حنيفة ومحمد بين حجة البينة وبين حجة الإقرار.

نوع آخر
في الجمع بين الشهادة والإقرار

أربعة فساق شهدوا على رجل بالزنا وأقر هو مرة واحدة لا يحد، ولو كان الشهود عدولاً ذكر شمس الأئمة السرخسي أنه يحد، وذكر غيره من المشايخ أن على قول محمد يحد، وعلى قول أبي يوسف لا يحد.

وفي «الأصل»: إذا شهد شاهدان على رجل بالزنا، وشهد آخران على إقرار الرجل بالزنا لاحد على المشهود عليه ولا على الشهود، وإن شهد ثلاثة بالزنا وشهد الرابع على الإقرار بالزنا فعلى الثلاثة الحد.

الفصل الرابع
في بيان ما يوجب الحد من الوطء وما لا يوجب

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة وقال: علمت أنها [٤٢٦أ/ ١] علي حرام حدّ، ولو قال لامرأته: أنت خلية وبرية أو قال لها: أمرك بيدك، فاختارت نفسها، ثم وطئها وهي في العدة، وقال: علمت أنها علي حرام لم يحد، الأصل: أن الحد يندرىء بالشبهات، وقد اختلفت عبارة المشايخ في ذلك.

وقال بعضهم: الشبهة نوعان: شبهة حكمية في المحل، وإنها تسقط الحد إذا ادعىٰ الاشتباه بأن قال: ظننت أنها تحل لي أو لم يدعِ بأن قال: علمت أنها علي حرام. وشبهة اشتباه: وهو أن يظن العبد غير دليل الحل دليلاً وهذه الشبهة مانعة وجوب الحد إن ادعى الاشتباه، غير مانعة إن لم يدع الاشتباه.

نوع آخر

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجل أقر أنه زنى بفلانة أربع مرات، وفلانة تقول: تزوجني. أو أقرت المرأة بالزنا بفلان أربع مرات وفلان يقول: تزوجتها فلا حد على واحد منهما، لأن دعوى النكاح محتملة للصدق، ولو علمنا صدق مدعي النكاح في دعواه يثبت النكاح من الطرفين، ويخرج كلا الفعلين من أن يكون زنا، فإذا كان فيه احتمال الصدق كان وهم النكاح ثابتاً من الطرفين، والوهم في باب الحدود ملحق بالمتيقن، فخرج فعلها من أن يكون زنا، وعليه المهر؛ لأن النكاح لم يثبت بمجرد الدعوى، بقي الوطء في غير الملك ظاهر، والوطء في غير المملوك لا يخلو عن مهر أو عقوبة وقد سقطت العقوبة فيجب المهر.

ثم إن محمداً ذكر في «الجامع الصغير» الإقرار أربع مرات، وذكر هذه المسألة في «الأصل»، وذكر الإقرار مرة واحدة. لولا رواية «الجامع الصغير» كنا نقول: إنما لا يجب الحد في هذه المسألة لوجود الإقرار مرة واحدة، فرواية «الجامع الصغير» أزالت هذا الإشكال، وأثبتت أن الحد إنما لم يجب للمعنى الذي ذكرنا.

وذكر في «الجامع الصغير» إقرار الرجل بالزنا ودعوى النكاح وإقرار المرأة بالزنا ودعوى الرجل النكاح، وذكر في «الأصل» إقرار الرجل بالزنا ودعوى المرأة النكاح، ولم يذكر إقرار المرأة بالزنا ودعوى الرجل النكاح. لولا رواية «الجامع الصغير» لكنا نقول: إذا ادعى الرجل النكاح وأقرت المرأة بالزنا لا يجب لها المهر، لأنها أبرأت الزوج عن المهر لما أقرت بالزنا، غير أن رواية «الجامع الصغير» أزالت هذا الإشكال، وأثبتت أن المهر واجب على كل حال، والمعنى ما بينا أن الوطء حصل في غير الملك ظاهراً وقد سقط الحد فيجب المهر.

وذكر في «القدوري»: إذا أقر الرجل أنه زنى بفلانة وادعت المرأة النكاح والمهر، فإن كان ذلك يعني دعواها النكاح والمهر قبل أن يحد الرجل درىء الحد عن الرجل؛ لأنه تعذر إيجاب الحد عليها مع دعواها النكاح؛ لأنه يحتمل أنها صادقة، وهذه الشبهة تتعدى إلى جانب الرجل فيسقط عنه الحد، وإذا سقط الحد وجب المهر؛ لأن الشرع ما أخلى الوطء في دار الإسلام عن عقوبة أو غرامة، وإن كان ذلك بعد ما حدّ الرجل لا يقضى لها بالمهر، لأنها تدعي المهر عليه وهو ينكر. وقبل إقامة الحد على الرجل إنما أوجبنا المهر كيلا يخلو الوطء عن العقوبة والغرامة وقد أقيم العقوبة ههنا، فلا حاجة إلى إيجاب الغرامة.

ولو كذبته في الزنا أصلاً وقالت: لا أعرفه فلا حد عليه في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله: يحد الرجل، وعلى هذا الاختلاف إذا أقرت المرأة بالزنا وكذبها الرجل أصلاً فقال: لا أعرفها؛ فوجه قولهم إن السبب الموجب للحد قد تحقق في جانب المقر عرف ذلك بإقراره، فلو امتنع إنما يمتنع لإنكار الآخر ولا وجه إليه، لأنه يعامل مع كل إنسان على ما هو زعمه، ولأبي حنيفة: الزنا إنما يقوم بالفاعل

والإمضاء لا يتغير القضاء ولا الإمضاء، وإن ماتا قبل القضاء والإمضاء أو بعد القضاء قبل الإمضاء، فإن كان الحد رجماً يمتنع القضاء والإمضاء؛ لأن البداية في الرجم إنما تكون من الشهود، فإذا غابا أو ماتا قبل القضاء أو بعد القضاء قبل الإمضاءات الشرط وهو البداية من الشهود فيمتنع القضاء والإمضاء.

وإن كان الحد جلداً كان أبو حنيفة رحمه الله أولاً يقول: القاضي لا يقضي ولا يمضي، ثم رجع وقال: يقضي ويمضي وهو قول أبي يوسف ومحمد.

جئنا إلى فصل الإقرار فنقول: الزنا الموجب للحد لا يظهر إلا بالإقرار أربع مرات في أربع مجالس مختلفة، ويعتبر اختلاف المجلس المقرون بالقاضي، والأصل في هذا الباب قصة ماعز وفي قصة ماعز لم يختلف مجلس النبي ﷺ وإنما اختلف مجلس ماعز.

فإن قيل: إذا لم يجب الحد بالإقرار واحدة فقد اعترف بوطء لا يوجب الحد فيجب المهر، وإذا وجب المهر لا يوجب الحد من بعد كما قلتم في السرقة، فإنه لا يعتبر التكرار في السرقة وإنما لا يعتبر لما قلنا، قلنا له: الإقرار أربع مرات لما اعتبر حجة لإثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالإقرار مرة واحدة، وإنما الحكم موقوف، فإن تمت الحجة وجب الحد وإن لم تتم يجب المهر.

قالوا: وينبغي للإمام أن يزجر المقر عن الإقرار ويظهر الكراهة له ويامر بتنحيته، فقد صح أن رسول الله ﷺ رد ماعزاً، ثم إذا أقر أربع مرات فالقاضي يسأله عن الزنا ما هو وكيف هو، وبمن زنيت، وأين زنيت، ولا يسأله عن الوقت ولا يسأله في أي وقت زنيت بخلاف فصل الشهادة؛ لأن السؤال عن الوقت في فصل الشهادة بعلة التقادم، فإن التقادم يمنع إقامة الحد إذا ثبت الزنا بالبينة، وهذا المعنى لا يتأتى في الإقرار؛ لأن التقادم لا يمنع إقامة الحد. إذا ثبت الزنا بالإقرار فلا معنى للسؤال عن الوقت، وذكر الشيخ أبو الحسين القدوري في «شرحه»: ويجوز أن يسأل عن الوقت لجواز أن يكون زنى في حال صغره.

فإذا بين ذلك يقول له لعلك لمستها بشبهة، لعلك مسستها، لعلك قبلتها، لعلك باشرتها، فإذا قال: لا، نظر في عقله ويسأل: أهذا به جنون؟ [٤٢٥ب/١] أبه خبل، فإن قالوا: لا، سأله أأنت محصن؟ فإن قال: نعم، سأله عن الإحصان ما هو؟ فإن فسر على الوجه أمر برجمه، هكذا فعل رسول الله ﷺ بماعز رضي الله عنه. فإن قال المقر: لستُ بمحصن وشهد عليه الشهود بالإحصان رجمه الإمام، ولا يكون هذا كالرجوع؛ لأنه مصر على إقراره بالزنا، ومع الإصرار على الإقرار لا يثبت الرجوع، وسواء أقر أربع مرات قبل أن يقوم القاضي عن مجلسه أو أقر أربع مرات في مجالس مختلفة، أو أقر كل يوم مرة، أو كل شهر.

وروي عن محمد أن المجالس المتفرقة أن يذهب المقر بحيث لا يراه القاضي ولا يقعد معه في المجلس ثم يجيء فيقر إقراراً مستقبلاً.

أبي حنيفة رضي الله عنه بخلافه لكن ما يذكر قول أبي حنيفة في القياس؛ لأنه لم تحفظ عنه الرواية، وإنما أراد بقوله: وفي الاستحسان يدرأ عنه الحد، أي: لو استحسن، يجتهد ويدرأ عنه الحد الذي ظهر في الآخرة كان له وجه. وإنما أخذوا بالقياس في هذه العقوبة؛ لأن الرجم هو القتل، والقتل غير متجزىء فما أصابه من الجراحات ليس بحد ولا بعضه فلم يصر شبهة ولا يجب ضمان الجراحات على شهود الإحصان؛ لأن الجراحة حصلت بسبب إقامة الحد، وإنه وجب بشهادة شهود الزنا دون شهود الاحصان؛ لأن الحد عقوبة فيضاف إلى الزنا الذي هو جناية دون الإحصان الذي هو عبارة عن الخصال الحميدة، ولا يجب على بيت المال أيضاً لما ذكرنا من المعنى.

أربعة شهدوا على رجل بالزنا ولم يشهد عليه بالإحصان أحد، فأقر القاضي بجلده، ثم شهد شاهدان عليه بالإحصان بعد إكمال الجلد، فالقياس على الأول في هذا أن يرجم، وفي الاستحسان: لا يرجم.

وجه القياس: أن الذي أقيم عليه من الجلدات قد ظهر بالبينة على الإحصان أنه ضرب وقع هدرا وليس بحد، فلا يمتنع الرجم كما قلنا في الضربات بالحجارة.

وجه الاستحسان: أن صورة الحد قد وجد، وحقيقة الجمع منسوخ، فصار صورة الجمع وظاهره شبهة مانعة، وعلماؤنا رحمهم الله أخذوا بالاستحسان في هذه المسألة، وبالقياس في المسألة الأولى؛ لأن في المسألة الأولى الحد هو الرجم وإنه قتل، وضربات الحجارة بدون الموت ليس لها معنى القتل ولا صورته، فلو أقيم الجلد بعد ذلك لا يؤدي إلى الجمع بين الحدين لا صورة ولا معنى. أما في المسألة الثانية الجلد قد أقيم وله صورة الحد، فلو أقمنا الرجم أدى إلى الجمع بين الحدين صورة، وهذا شبهة مانعة، وهذا الذي ذكرنا إذا أكمل الجلد.

فأما إذا لم يكمل حتى شهد شاهدان عليه بالإحصان لا يمنع من إقامة الرجم، ولم يذكر الاستحسان ههنا بخلاف المسألة الأولى، وهو أن يرجع شهود الإحصان أو وجدوا عبيداً بعد ضربات الحجارة قبل الموت؛ لأن هناك الحد في الحاصل الجلد وضربات الحجارة لا تحتمل الإلحاق به؛ إذ هي لا تصلح أن تكون من جملة الجلد، ولا من تتماته فصار شبهة مانعة من الجلد على جواب الاستحسان، أما ههنا الحد هو الرجم في الحاصل، والجلدات يمكن إقامتها مقام الرميات، جارحة كانت أو غير جارحة، لأن الرمي قد يكون جارحاً وقد يكون غير جارح، وقد يكون الرمي بالحجر وقد يكون بالخشب، فتصير الجلدات من تمام الرجم، فيكون المستوفى على هذا الاعتبار حداً واحداً، فكذلك افترقا في الاستحسان بخلاف ما بعد الإكمال، لأنه حد كامل بصورته فلا يصلح أن يكون من تتمات غيره، أما ههنا بخلافه.

نوع آخر
من هذا الفصل

إذا شهد الشهود على رجل بالزنا ثم غابا أو ماتا، فإن غابا أو ماتا بعد القضاء

الأب بإقراره إلا أنه لزم الأب نفقة العدة، فهم بهذه الشهادة يريدون إسقاط نفقة العدة عن الأب فكانوا شاهدين للأب فلا تقبل، وأما إذا جحد الأب فلأن في هذه الشهادة منفعة لأمهم بخلوص الفراش فكانوا شاهدين لأمهم، وهذه منفعة لا يشوبها مضرة فلا تقبل هذه الشهادة ادعت الأم أم جحدت لما مر.

وإن كانت أمهم قد ماتت فإن ادعى الأب لا تقبل هذه، وإن جحد تقبل؛ لأنه لا منفعة للأم في هذا الفصل. بقيت العبرة لمنفعة الأب ومنفعة الأب وهو سقوط نفقة العدة يشوبها ضرر، وهو زوال ملك النكاح، ومثل هذه المنفعة إنما تمنع قبول الشهادة عند الدعوى عند الجحود لما مر قبل هذا، وهذا كله إذا شهدوا أن أخاه زنى بها وهي طائعة.

فأما إذا شهدوا أنها كانت مكرهة، فإن كانت أمهم ميتة قبلت الشهادة بكل حال ادعى الأب ذلك أو جحد، دخل بها الأب أو لم يدخل بها الأب؛ لأنه ليس في هذا إسقاط نصف الصداق وإن كان قبل الدخول، ولا تسقط نفقة العدة وإن كانت بعد الدخول لكونها مكرهة، وفعل المكرهة لا يوجب سقوط شيء من ذلك.

وإن كانت أمهم حية، فإن ادعى الأب قبلت شهادتهم؛ لأنهم لم يشهدوا لأمهم ولا لأبيهم، أما لأبيهم فلأن الأب لا يدعي سقوط شيء من المهر ولا سقوط نفقة العدة متى كانت مكرهة، وأما لأمهم فلأن الفراش إنما خلص للأم بإقرار الأب لا بشهادتهم، وإن جحد الأب لا تقبل شهادتهم؛ لأنهم أرادوا إثبات خلوص الفراش للأم بشهادتهم، فهذه منفعة لا يشوبها ضرر فلا تقبل شهادتهم جحدت الأم ذلك أم ادعت لما قلنا. وفي كل موضع تقبل شهادتهم يقام حد الزنا على الأخ المشهود عليه وعلى المرأة إذا كانت مطاوعة.

نوع آخر

أربعة شهدوا على رجل بالزنا وشهد رجلان عليه بالإحصان فقضى القاضي بالرجم ورجم، ثم وجد شاهدا الإحصان عبدين أو رجعا عن شهادتهما وقد جرحته الحجارة إلا أنه لم يمت بعد فالقياس أن يقام عليه مائة جلدة، وهو قول أبي يوسف ومحمد، وفي الاستحسان يدرأ عنه الجلد وما بقي من الرجم، ولا يضمن الشاهدان شيئاً من جراحته ولا يكون في بيت المال أيضاً.

فوجه القياس: أن ما أصابه من الجراحة ظهر أنه ظلم لما رجع شهود الإحصان، أو ظهر أنهم عبيد، فلا يمتنع بسببه إقامة الجلد الذي هو حد كالظلم من وجه آخر.

وجه الاستحسان: أن ذلك شيء أقيم باسم الحد أو هو بعض [٤٢٥أ/١] الحد، فلو أقيم عليه الجلد بعد ذلك أدى إلى الجمع بين الجلد وبعض حد آخر، وذلك لا يجوز لكونه زيادة على الحد وإنها حرام، وهو قول محمد رحمه الله في «الكتاب» في القياس، وقول أبي يوسف ومحمد دليل على أنهما أخذا بالقياس، ولم يذكر أن الاستحسان قول من، واختلف المشايخ فيه: من المشايخ من قال: الاستحسان قول أبي حنيفة؛ لأنه خص قولهم في القياس بالذكر، فالظاهر أن الاستحسان قول أبي حنيفة، ومنهم من قال: لا، بل جواب القياس قول الكل، وتخصيص قولهما في القياس بالذكر لا يدل على أن قول

صار قاذفاً عند الرجوع فصار كما لو قذف الميت بعد موته فيحد لهذا.

وفي [٤٢٤ب/١] الوجه الثالث: يغرمون جميع الدية ويحرمون عن الميراث؛ لأنهم صاروا راجعين بهذا التصديق، فصاروا مقرين بمباشرة القتل بغير حق، وتكون الدية لأقرب الناس من المقتول بعدهم؛ لأنهم في حكم الإرث كالمولى ويحدون حد القذف والكلام في المستوفي الحد على ما مر من التفصيل.

نوع آخر

رجل له امرأتان، وله من إحديهما خمس بنين، فشهد أربعة منهم على أخيهم أنه زنى بامرأة أبيهم، فهذا لا يخلو: أما إن كان دخل بها أبوهم أو لم يدخل بها، وأما إن كانت أم هؤلاء الشهود حية، أو كانت ميتة، وأما إن صدقهم الأب أو كذبهم، وأما إن شهدوا أنها طاوعته في الزنا، أو شهدوا أنها كانت مكرهة من قبل الأخ المشهود عليه بالزنا.

فأما إذا شهدوا أن أخاهم زنى بها وهي مطاوعة له وكان ذلك قبل الدخول، فإن كانت أم الشهود حية لا تقبل هذه الشهادة صدقهم الأب في ذلك أو كذبهم، أما إذا صدقهم فلأن هذه شهادة وقعت لأبيهم؛ لأن الأب لما أقر أن الابن زنى بامرأته وهي مطاوعة غير مدخول بها فقد أقر بوقوع الفرقة وسقوط كل الصداق؛ لأنه زعم أنه جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول بسبب هي طائعة في ذلك إلا أنه لا يصدق في حق سقوط جميع الصداق إذا لم تصدقه المرأة في ذلك، فهم بهذه الشهادة يسقطون عن أبيهم جميع الصداق. وشهادة الولد للوالد لا تقبل.

وأما إذا كذبهم الأب في ذلك فلأن في هذه الشهادة منفعة للأم بخلوص الفراش لها وسقوط قسم المشهود عليها، وهذه منفعة لا تشوبها مضرة، وكانوا شاهدين لأمهم، فلا تقبل هذه الشهادة، جحدت الأم أم ادعت، وهذا لأن الدعوى إنما تعتبر لترجح المنفعة على الضرر في منفعة تشوبها مضرة. ومنفعة الأم بخلوص الفراش لها تشوبها مضرة وكان حجودها ودعواها سواء.

وإن كانت الأم ميتة إن كان الأب يدعي ذلك لا تقبل الشهادة لقيامها للأب على ما مر، وإن كان الأب يجحد ذلك تقبل الشهادة لقيامها على الأب بزوال ملك النكاح على المشهود عليها بالزنا، أكثر ما في الباب أن فيها منفعة للأب وهو براءته عن ضمان المهر لما مر قبل هذا إلا أن هذه يشوبها ضرر، وهو زوال ملك النكاح، وكل منفعة تشوبها مضرة فإنما تترجح المنفعة بالدعوى والمضرة بالجحود؛ لأن أحداً لا يجحد ما ينفعه ولا يدعي ما يضره، فإن ادعاه لا تقبل الشهادة لترجح المنفعة على المضرة، وإن جحد قبلت الشهادة لترجح المضرة على المنفعة ولا منفعة للأم في هذا الفصل؛ لأنها بالموت خرجت عن استحقاق القسم ونيل الحظ من الزوج، بخلاف ما إذا كانت حية.

وإن كان قد دخل بها أبوهم، فإن كانت مطاوعة وكانت أمهم حية فشهادتهم لا تقبل ادعى الأب ذلك أم جحد، أما إذا ادعى لأن المرأة المشهود عليها بالزنا وإن حرمت على

الميراث لهم؛ لأنهم هم الورثة، فصح إبراؤهم عن الضمان وإقرارهم بالشركة في الميراث.

وفي الوجه الثاني: غرم الراجع ربع الدية ويحرم عن الميراث، لأن برجوعه أقر على نفسه بربع الدية لهم وبحرمانه عن الميراث بالإقدام على القتل بغير حق، وقد صدقوه في ذلك ولا حدّ عليه وإن أقر على نفسه بحدّ القذف إلا أن الباقين صدقوه في القذف والحق لهم لا يعدوهم، حتى لو كان سواهم مما ذكرنا قبل هذا يستوفى الحد منه، ولا يغرم الباقون شيئاً من الدية؛ لأنهم قائمون على شهادتهم.

فإن قيل: هذا الراجع ينبغي أن لا يحرم عن الميراث ولا يغرم الدية لهم، لأن الثلاثة القائمين على الشهادة زعموا أن الأب كان زانياً مستوجباً للرجم، فهب كأن هذا الراجع لم يكن شاهداً فلا يخرج من أن يكون قاتلاً بحق كابن آخر يرجمه مع الناس، فينبغي أن لا يحرم عن الميراث ولا يغرم الدية لهم بزعمهم.

قلنا: الشاهد في باب الزنا لا يستفيد العلم من القاضي، ولكن القاضي يستفيد العلم من الشاهد، ولهذا يبدأ الشاهد بالرجم قبل القاضي، وكل من يستفيد العلم من القاضي يترتب فعله على فعل القاضي، وههنا لما ترتب فعل القاضي على فعل الشاهد علم أن الشاهد لا يستفيد العلم من القاضي، وهذا الراجع جاء مجيء الشاهد، فلم يكن مستفيداً العلم من القاضي، ولم يكن له علم حقيقة في الباب لما لم يره زنى كما قالت الثلاثة الباقون، فكان قتله حاصلاً بغير حق، فمن هذا الوجه صاروا مصدقين له فيما أقر بخلاف ابن آخر رجمه مع الناس، لأنه استفاد العلم من القاضي.

فإن قيل: الثلاثة الباقون لما زعموا أن هذا الراجع لم يكن شاهداً فقد أقروا أن عدد الشهود لم يكن متكاملاً، وأن القضاء بالرجم كان باطلاً، والقضاء الباطل في باب الزنا وجوده وعدمه بمنزلة، وكانوا جميعاً قاتلين بغير حق، فينبغي أن يغرموا ثلاثة أرباع الدية ويحرموا عن الميراث.

قلنا: الثلاثة الباقون ما زعموا أنهم قتلوا الأب بغير حق؛ لأنهم قالوا: عايناه زنى والراجع لم يعاينه، ومن زنى وهو محصن يصير مباح الدم بنفس الزنا قبل القضاء، إلا أن قبل القضاء لا ينبغي لمن عاين زناه أن يقتله، فإنه متى قتله يقتل به، لأنه لا يصدق في دعوى الزنا عليه، ولا يمكنه إثبات زناه بعد قتله بالبينة في حق القاضي، فكان للقاضي أن يقتله حتى لو كان القاضي عاين زناه لا يقتله. وإن كان قتله قبل القضاء وههنا علم القاضي بزنا المرجوم لما شهد عنده أربعة نفر عليه بالزنا ولم يصح رجوع واحد منهم في حق القاضي، فبقي علم القاضي بحاله، فلا يصير الثلاثة الباقون مقرين على أنفسهم بالقتل بغير حق، فلا يحد الثلاثة الباقون على الشهادة؛ لأنهم لم يقروا على أنفسهم بالقذف بعد قتل أبيهم لقيامهم على الشهادة. ولو صاروا صادقين صاروا قاذفين بشهادتهم يوم الشهادة لكونهم ثلاثة وقد قتل المقذوف بعد ذلك.

ومن قذف حياً ثم مات المقذوف لا حد على القاذف عندنا بخلاف الراجع، فإنه

مقتله، ثم رجع واحد من الشهود عن شهادته غُرِّم الراجع ربع الدية ويكون ذلك في ماله لوجوبه باعترافه، ويكون في ثلاث سنين اعتباراً لبعض بدل النفس بالكل، ويكون ذلك بين ورثة المرجوم، ويرث هذا الراجع لأنه مسبب للقتل وليس بمباشر، فلا يحرم من الميراث فيرفع عنه قدر حصته ويغرم الباقي إن كان نصيبه لا يفي بربع الدية. قالوا: إنما يغرم الراجع ربع الدية إذا قال الذين لم يرجعوا: إن أبانا زان كما شهدنا رأينا ذلك منه ولم يَرَهُ فشهد بباطل، فكان الضمان واجباً في هذه الحالة باتفاق الكل. فأما إذا قال له الباقون رأيت معنا زنا الأب، وكذبت في الرجوع لا يغرم الراجع بشيء لأنه؛ وإن أقرّ لهم بوجوب ربع الدية فهم [٤٢٤أ/١] كذبوه في ذلك، والمقرُّ له إذا كذب المقر في إقراره يبطل إقراره ويجب حد القذف على هذا الراجع عند علمائنا الثلاثة؛ لأن كلامه انقلب قذفاً وقت الرجوع مقصوراً على حالة الرجوع، فصار هو قاذفاً ميتاً محصناً، وقذف الميت المحصن يوجب الحد، سواء كان القاذف ولده أو أخاه أو أجنبياً، إلا أن الذين شهدوا معه ينكرون وجوب حد القذف على الابن الراجع، فلا يكون لهم أن يخاصموه في ذلك، فبعد هذا ينظر إن كان للمرجوم والد أو جد أو ولد آخر غير الشهود كان له أن يخاصم الراجع في الحد، لأن هذا الحد إنما يجب دفعاً للعار [عن] نفسه لا بطريق الإرث فيجب لكل من يتعير بسبب هذا القذف ومن ذكرنا من الولد والوالد والجد يعيرون بسبب هذا القذف، فيجب لهم الحد دفعاً للعار عن أنفسهم.

وإن لم يكن للمرجوم ولد آخر ولا والد ولا جد وكان لبعض الشهود ولد ينظر إن كان ذلك ولد الراجع لم يكن له أن يخاصم أباه في الحد، لأنه محجور عن استيفاء الحد عن أبيه، ألا ترى أنه لو قذفه ابتداء لم يكن له ولاية استيفاء الحد عن أبيه فههنا أولى، وإن كان الولد ولد واحد من الذين لم يرجعوا كان له حق استيفاء الحد من الراجع لما ذكرنا أن هذا الحد يجب لكل من يتعير بسبب هذا لقذف، وولد الابن يتعير بقذف الجد الميت كالولد، فيجب لهم الحد ابتداء لا بطريق الإرث لكن شرطه عجز الأب عن الاستيفاء وقد عجز القائمون على الشهادة عن الخصومة في الحد لما مر، فيثبت لأولادهم، وللرجل أن يقيم الحد على عمه بخلاف ولد الراجع؛ لأنه لو ثبت له، ولاية الإقامة كان مقيماً الحد على أبيه، وليس لأحد أن يقيم الحد على أبيه، فلهذا افترقا.

هذا الذي ذكرنا إذا كان الشهود رجموا المشهود عليه ولم يقتلوا، فأما إذا رجموه وقتلوه ثم رجع واحد منهم عن شهادته ولا وارث للميت غير هؤلاء الشهود، فالمسألة على ثلاثة أوجه: أما إن قال الباقون للراجع: كذبت في رجوعك وصدقت في شهادتك أو قالوا: كان الأب زانياً ولكنك لم تر زناه ولا تدري أنك رأيته زنى أم لا وقد شهدت بالباطل، أو قالوا: لم يزن الأب وقد كذبت في قولك: إنه زان.

ففي الوجه الأول: لا يغرم الراجع شيئاً من دية الأب، ولا يحرم عن الميراث، لأنه وإن أقر بوجوب ربع الدية على نفسه لهم وبحرمانه عن الميراث، إلا أن الباقين لما صدقوه في الشهادة وكذبوه في الرجوع فقد أبرؤوه عن الضمان وأقروا له بالشركة في

يجب على الراجع شيء، فإن رجع أحد بعد ذلك كان على الراجعين ربع الدية ويضربان حدّ القذف.

والأصل في هذا الجنس من المسائل أن العبرة لبقاء من بقي من الشهود على الشهادة لا لرجوع من رجع، لأن الثابت بعلّة لا يبطل ما بقيت العلّة، وقد عرف هذا الأصل في كتاب الرجوع عن الشهادات.

فإذا كان الشهود خمسة ورجع واحد منهم لا يجب عليه شيء من الدية ولا يحد حد القذف، لأنه بقي بعده من يقوم بشهادته كل الحق وهم الأربعة، أو قضاء القاضي بكونه زانياً مقتولاً بحق فثبت بشهادة الأربع، فيبقىٰ ببقائهم فبقي القتل بحق، فلا يجب عليه حد القذف. أكثر ما في الباب أن في زعم الراجم أنه قذف المحصن إلا أنّ زعمه قد بطل بقضاء القاضي بكونه زانياً، فإذا رجع اثنان كان على الراجعين ربع الدية؛ لأن بعد رجوعهما لم يبق من الشهود إلا من يقوم به ثلاثة أرباع الحق، وتلفُ الربع مضاف إلى الراجعَين؛ إذ ليس أحدهما لإضافة التلف إليه بأولىٰ من الآخر فيجب عليهما ربع الدّية وعليهما حد القذف، لأن القضاء انفسخ في حقهما فيجب عليهما حد القذف ولهذا.

وفي «المنتقىٰ»: خمسة شهدوا على رجل بالزنا وهو غير محصن، فجلده القاضي الحد ثم وجد أحد الخمسة محدوداً في القذف أو عبداً، ثم رجع أحد الشهود الأربعة يحد هؤلاء ولا يحد الذي وُجد عبداً أو محدوداً في القذف، لأنه قاذف وقد شهد على المقذوف أربعة بالزنا وحُدّ به.

وفيه أيضاً: شهد أربعة رجال وأربعة نسوة على رجل بالزنا وهو غير محصن فضرب الحد، ثم رجعوا جميعاً ضرب الرجال الحد ولم تضرب النساء، لو رجعوا قبل أن يضرب الحد حُد الرجال والنساء جميعاً.

وفيه أيضاً: أربعة شهدوا على رجل بالزنا هو غير محصن، فضرب الحد فمات من ذلك، ثم رجعوا ضُربوا الحد وضمنوا الدية، ولو مات قبل تمام الحد ضُمنوا الدية ولم يضربوا الحد، وهم في هذا الوجه قذفة قبل موته، ولو ضرب الحد ثم مات من غير الحد ثم رجعوا ضربوا الحد.

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: رجل شهد عليه أربعة من بنيه أو إخوته أو بني عمه بالزنا وهو محصن والشهود عدول، فقضى القاضي عليه بالرجم، فإنه يأمر الشهود إذا أراد رجمه أن يبدؤوا بالرمي، فالسنة أن يبدأ الشهود بالرمي ثم الإمام ثم الناس على ما نبين بعد هذا إن شاء الله.

ولما كان هذا كان مراعاة هذه السنة حق الشرع، وحق الشرع لا يشفق بحق الأُبوة ولكن مع هذا يؤمر الشهود بمراعاة حق الأبوّة في أن لا يتعمدوا قتله، وكذلك الأخ والعم والخال لا يقصدون المقتل، فأمّا ابن العم يباح له أن يقصد المقتل لأن قرابته غير متأكدة بالمحرمية. ولهذا قلنا لا بأس للعادل أن يقتل ابن عمه الباقي.

فإن رجم هؤلاء الأولاد أباهم فلم يصيبوا مقتله ورجمه الناس بعد ذلك وأصابوا

الأول: إذا رجع واحد منهم قبل القضاء والإمضاء، وفي هذا الوجه يحد الراجع حد القذف باتفاق من علمائنا، واختلفوا في الباقين، قال علماؤنا الثلاثة رحمهم الله: يحدون، وقال زفر رحمه الله: لا يحدون، والوجه لعلمائنا في ذلك أن العدد عن الأربع قد انتقص من كل وجه برجوع الراجع قبل القضاء، فيصيرون قَذَفَة كما لو امتنع الرابع من أداء الشهادة، وبيان الوصف أن شهادة الراجع انفسخت حقيقة وحكماً، أما حقيقة فلأن الرجوع فسخ للشهادة، وأما حكماً فلأن حكم الشهادة وجوب القضاء على القاضي، وقد سقط القضاء عن القاضي برجوع الشاهد. وإذا انفسخت الشهادة حقيقة وحكماً ثبت النقصان من كل وجه، والتقريب ما ذكرنا، يبقىٰ قول الخصم: إن رجوع الراجع لا يعمل في حق غيره. قلنا: بعد القضاء يكون هكذا، أما قبل القضاء رجوع الراجع يعمل في حق غيره، ألا ترى أن في باب المال صار القضاء حقاً للمشهود له، وقد بطل هذا برجوعه. وفي مسألتنا وجب على القاضي القضاء بالجلد حقاً للشرع وبطل ذلك برجوعه أيضاً، فدل أن رجوع الشاهد قبل القضاء يعمل في حق غيره فينتقص العدد من كل وجه.

الوجه الثاني: إذا رجع [٤٢٣ب/ ١] واحد منهم بعد القضاء والإمضاء. وفي هذا الوجه يحد الراجع حد القذف ويغرم ربع الدية، فإن رجع أحدٌ بعد ذلك يحد الراجع أيضاً حد القذف ويغرم ربع الدية أيضاً، أما وجوب ربع الدية على الشاهد فلأن كل واحد منهم أتلف ربع النفس حكماً بإيجاب القتل عليه، وأما وجوب حد القذف على الراجع فمذهب علمائنا الثلاثة.

والوجه في ذلك: أن رجوع الشاهد صح في حقه حقيقة وحكماً، فيصير قاذفاً له فيُحد كما لو رجع قبل القضاء، وإنما قلنا: صح في حقه حقيقة؛ لأن الرجوع فسخ الشهادة وإلىٰ الشاهد فسخ الشهادة في حقه، وأمّا حكماً ألا ترىٰ أنه لزمه ربع الدية، وإذا صح الرجوع في حقه حقيقة وحكماً انفسخت الشهادة في حقه من كل وجه فيصير قاذفاً له ولا يحد الباقون، لأن رجوع الشاهد بعد القضاء والإمضاء لا يعمل في حق غيره، فلم ينتقص العدد عن الأربع من كل وجه فلم يصر الباقون قذفة. ولو قذف رجل هذا المرجوم لا يحد القاذف لما ذكرنا أن رجوع الشاهد بعد القضاء لا يعمل في حق غيره.

الوجه الثالث: إذا رجع واحد منهم بعد القضاء قبل الإمضاء، وفي هذا الوجه يمتنع الإمضاء ويحد الراجع ولا يحدون قياساً، وبه أخذ محمد رحمه الله، ويحدون استحساناً، وبه أخذ أبو حنيفة وأبو يوسف.

والوجه لهما في ذلك: أن رجوع أحدهم قبل الإمضاء ينزل منزلة رجوعه قبل القضاء حقيقة وحكماً، أما حكماً فإنه يسقط الحد عن المشهود عليه كما لو رجع قبل القضاء؛ وأما حقيقة فما عرف أن الإمضاء في باب الحدود هو القضاء، أو هو من القضاء لأنه هو المقصود، ولهذا اختص الإمضاء بولاية القضاء فهو معنى قولنا: إنّ رجوع أحدهما قبل الإمضاء نزل منزلة رجوعهم قبل القضاء والتقريب ما مرّ.

ولو كان الشهود خمسة والحد رجم، فرجع واحد منهم بعد القضاء والإمضاء لا

فصل
فيما إذا تبين أن الشهود ليسوا أهلاً للشهادة

إذا قضى القاضي عليه بالرجم فقتله رجل عمداً، ثم وجد الشهود عبيداً أو مكاتبين أو عبداً قد أعتق بعضه وهو يسعى في بعض قيمته أو كافراً أو محدوداً في قذف، هل على الرجل الذي قتله عمداً شيء؟ وهي مسألة «الجامع الصغير» القياس أن يجب على القاتل القصاص، وفي الاستحسان لا يجب عليه القصاص، وإنما تجب الدية في ماله في ثلاث سنين.

وجه القياس في ذلك وهو أنه قتل نفساً محقون الدم عمداً بفعل لم يؤمر به، فيجب عليه القصاص قياساً على ما لو قتل بالقضاء، وإنما قلنا قتل نفساً محقون الدم؛ لأنه لمّا ظهر أن الشهود عبيد ظهر أن قضاء القاضي لم يصح ولم يصر مباح الدم فبقي محقوناً، وقد قتله بفعل لم يؤمر به؛ لأن المأمور به الرجم وهذا قتله بالسيف، فلم يوافق أمر القاضي حتى يصير فعله منقولاً إلى القاضي، فيبقى مقصوراً عليه، بخلاف ما لو رجمه بالحجارة ثم ظهر أن الشهود عبيد، فإنه لا ضمان عليه وإن ظهر أنه قتل نفساً محقون الدم، لأن هناك القتل حصل بفعل مأمور، والمأمور إذا وافق الأمر ينتقل فعله إلى الآمر، فيصير كأن القاضي هو الذي فعل بنفسه.

إلا أنه استحسن وقال: لا يجب عليه القصاص قياساً؛ لأن قضاء القاضي بالرجم نفذ من حيث الظاهر ولم ينفذ من حيث الباطن، ولو نفذ ظاهراً وباطناً تثبت حقيقة الإباحة في المقضي به، فإذا نفذ ظاهراً لا باطناً تثبت شبهة الإباحة، وكان المقضي له بالقصاص إذا قتل المقضي عليه ثم جاء المشهود بقتله حياً، فإنه لا يقتص؛ لأن القضاء نفذ ظاهراً إن لم ينفذ باطناً، فأورث ذلك شبهة فكذا ههنا، وتجب الدية في ماله؛ لأن القتل كان عمداً إلا أنه تعذر إيجاب القصاص لمكان الشبهة فتجب الدية في ماله، كما في المقضي له بالقصاص إذا قتل ثم جاء المشهود بقتله حياً.

وذكر في «المنتقىٰ» برواية ابن سماعة عن محمد: أربعة شهدوا على رجل بالزنا فانطلق به ليرجم فضرب رجل عنقه بالسيف، أو زرقه بمزراق، أو طعنه برمح، أو رماه بالسهم وقتله ثم وجد الشهود عبيداً، فالديه على القاتل في ماله، ولو رماه بالحجارة قبل أن يبلغ به الموضع الذي أمر الإمام برجمه فقتله ثم وجد الشهود عبيداً لم يكن عليه شيء، والديه على بيت المال، ولو رماه قبل أن ينتهي به المكان الذي أمر الإمام برجمه فيه، ورماه بالسيف رمياً، أو رماه بالسهم رمياً بيده بغير قوس فقتله وباقي المسألة بحالها، فالدية في بيت المال، لأن هذا لم يخالف القتلة التي أمر به فيها، وليس هذا بقتل بالسيف والسهم، القتل بالسيف أن يضرب به والقتل بالسهم أن يرمي به بالقوس، فإذا رمى بالسيف أو رمى بالسهم بيده لم يكن مخالفاً، ألا ترى أنه لو رماه بسنخة حديدة عظيمة أو بخشب عظيم فقتله لم يكن مخالفاً.

نوع آخر من هذا الفصل

أربعة شهدوا على رجل بالزنا ثم رجع واحد منهم، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه:

القاضي بالرجم وجب عليه القصاص إن كان عمداً، وإن كان خطأً على عاقلته الدية، فإذا قتله قبل التزكية؛ لأن يجب عليه القصاص إذا قتله عمداً وعلى عاقلته الدّية إن كان خطأً أولىٰ لأن شهادة الشهود بعد التزكية أوجب من شهادتهم قبل التزكية.

الفصل الثاني: إن كان الشهود قد زكّوا أو عدّلوا غير أن القاضي لم يقض برجمه فقتله إنسان عمداً أو خطأً كان على قاتله القصاص إن كان عمداً والدية في ماله إن كان خطأً، لأنه قتل نفساً محقون الدم بغير حق؛ لأنه إنما يصير مباح الدم بقضاء القاضي، لأن الشهادة لا توجب حكمها قبل القضاء لاحتمال إيصال الحرج بها كما في المال، وإنما يسقط اعتبار الاحتمال ضرورة صحة القضاء بها فقبل القضاء لا ضرورة.

فإن قيل: كان يجب أن لا يجب للقصاص على قاتله، لأن سبب الإباحة قد وجد وهي الشهادة حالة القتل إلا أنها لم تعمل في إثبات الإباحة قبل القضاء، وقيام السبب يورث شبهة وإن امتنع عمله لمانع كالبيع بشرط الخيار، والجواب عنه أن يقال: هذا هكذا أن لو تم السبب ولم يعمل عمله لمانع كالبيع بشرط الخيار، فإن السبب ثمة تام إلا أنه لم يعمل عمله لمانع وهو الخيار. فأما إذا لم يتم السبب وإنما وجد بعض السبب، فإنه لا يعتبر لأنه يورث شبهة الشبهة؛ لأن الثابت حال تمام السبب إذا لم يعمل لمانع الشبهة، فيكون الثابت حال بعض السبب دون ذلك، وذلك شبهة الشبهة وهنا الثابت بعض السبب؛ لأن الشهادة قط لا توجب حكمها بدون القضاء، فيكون القضاء شرطاً ليتم السبب لا ليعمل السبب عمله بعد تمامه بخلاف البيع بشرط الخيار [٤٢٣أ/ ١] إذ البيع يتصور موجباً لحكمه من غير سقوط الخيار بأن لم يشترط فيه خيار، وكما يجب ضمان بعينه في هذين الفصلين يجب ضمان أطرافه حتى لو قطع إنسان يده أو فقأ عينه ضمنه إلحاقاً للأطراف بالنفس.

الفصل الثالث: إذا قضىٰ القاضي برجمه فقتله إنسان عمداً أو خطأ ليس على عاقلته شيء؛ لأنه قضى بالرجم فقد قضىٰ بإباحة دمه فصار مباح الدم، ومن قتل إنساناً مباح الدم لا يكون عليه ضمان كما لو قتل مرتداً إلا أن يكون مسيئاً فيما فعل لوجهين؛ أحدهما: أنه رجم قبل بداية الشهود. والثاني: أن القتل شرع بالحجارة، فهذا لما قتله بالسيف فقد خالف السنة، فصار مسيئاً إلا أن المخالفة من هذا الوجه لا توجب القصاص، كما لو أحرق مرتداً بالنار لا ضمان عليه، وإن كان مسيئاً فيما صنع فكذلك هذا.

وكما لا يجب ضمان نفسه في هذا الفصل لا يجب ضمان طرفه حتى لو قطع إنسان يده أو فقأ عينه لا شيء عليه؛ لأن عصمة أطرافه قد سقطت لسقوط عصمة نفسه. ولو رجع الشهود عن شهادتهم بعدما قتله إنسان في هذه الصورة فلا شيء على القاتل؛ لأن رجوع الشاهد يعمل في حقه ولا يعمل في حق غيره[1].

---

(١) تقدم للمؤلف أن المسألة على فصول أربعة، وذكر ثلاثة فصول فقط. ولعل الفصل التالي هو الفصل الرابع.

قائمة على الإثبات إلا أن البيّنة وإن قامت على الإثبات، فإنها ترد إذا ثبت كذب الشاهد، فيما شهدوا به بيقين كرجل ادعىٰ عبداً في يد إنسان، ادعىٰ أنه ملكه منذ عشر سنين وشهد الشهود بذلك والعبد طفل رضيع، فإن الشهادة لا تقبل وإن قامت على الإثبات، لأنها كاذبة بيقين فكذلك ههنا عرف القاضي بكذب هذه الشهادة بيقين لما ثبت عنده موت القاضي قبل الوقت الذي شهدوا بإقامة الحد فيه بيقين وثبت كونه في أرض كذا في الوقت الذي شهد الشهود بإقامة الحد فيه، وكان بمنزلة ما لو شهدوا أنه حدّه اليوم ابن أبي ليلىٰ فإنه لا يقبل وإن قامت على الإثبات؛ لأنها كاذبة بيقين بخلاف ما إذا لم يكن موته وكونه في أرض كذا في الوقت الذي شهد الشهود بإقامة الحد فيه ظاهراً مستفيضاً، فإن القاضي يقضي بكونه محدوداً في قذف لأن القاضي لم يعرف كذب الشهود بيقين، لو ثبت كذب الشهود فإنما يثبت بما أقام المشهود عليه من البينة، وقد ذكرنا أن بينة المشهود عليه قامت في غير محلها؛ لأنها قامت على النفي، فصار وجودها وعدمها بمنزلة، كما لو قامت على الإثبات والشهود عبيد.

فرق بين هذا وبينما إذا شهد شاهدان أن فلاناً طلق امرأته يوم النحر بمكة، وشهد آخران أنه أعتق عبيده في ذلك اليوم بعينه بكوفة، فإن القاضي لا يقضي بواحدة من البينتين هنا. لو شهد شاهدان على الشاهد أن قاضي الكوفة حدّه يوم النحر من سنة كذا بكوفة، وأقام المشهود عليه أنه يوم النحر من تلك السنة كان بمكة، فإن القاضي يقضي ببينة الحد، ولا يلتفت إلى البينة الأخرىٰ.

ووجه الفرق بينهما: أن كلا البينتين في مسألة الطلاق والعتاق قامت في محلها فإن كل واحد منهما قامت على الإثبات، وكانت كل واحدة من البينتين معارضة الأخرى وإحداهما صادقة والأخرى كاذبة، وليست إحداهما بأن تجعل صادقة والأخرى كاذبة بأولى من الأخرى فتهاترتا فأما ههنا بينة المشهود عليه على الموت والغيبة قامت على النفي باعتبار المقصود وإنما على النفي ليست بحجة، فصار وجودها وعدمها بمنزلة، ولو عدم وجب القضاء بالأولى، لأنه لا معارض لها وكذلك هذا وصار وزان مسألة الطلاق والعتاق أن لو كان أحد الفريقين عبيداً أو كفاراً أو محدوداً في قذف، فإن القاضي يقضي بالبينة الأخرى، لأنه لا معارض لها فكذلك هذا.

نوع آخر
من هذا الفصل

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فأمر الإمام برجمه فقتله إنسان عمداً أو خطأ. فاعلم بأن هذه المسألة تشتمل على فصول أربعة:

الفصل الأول: أن يشهد أربعة على رجل بالزنا فيحبسه القاضي لينظر فيقتله رجل في الحبس عمداً أو خطأ، والحكم فيه أنّ على القاتل القصاص إن كان القتل عمداً، وعلى عاقلته الدية إن كان القتل خطأً، لأنه لو قتله بعدما زكت الشهود قبل أن يقضي

الذين شهدوا عليه أنه محدود في القذف فالقاضي يسأل الشاهدين من حده، وذلك لأن إقامة حد القذف إن حصل من السلطان أو نائبه فإنه تبطل شهادته، وإن حصل إقامة الحد من واحد من الرعايا بغير إذن الإمام فإنه لا تبطل شهادته، فلا بد من السؤال عن الذي حدّه ولا يحمل مطلق شهادتهم بكونه محدوداً في قذف على أن الإقامة كانت من السلطان أو نائبه، لأن رد الشهادة في حد القذف من الحد فيستقصي في السؤال عنه كما يستقصي في السؤال متى قامت على حد الزنا إن قالا: حده قاضي كورة كذا وسموه، فقال المشهود بحد القذف: أنا أقيم البينة على إقرار ذلك القاضي إنه لم يحدني ولم تؤقت واحدة من البينتين وقتاً، فإن القاضي يقضي بكونه محدوداً في القذف، ولا يمتنع القاضي من القضاء بكونه محدوداً في قذف بسبب بيّنة الإقرار لوجهين:

أحدهما: أن العمل بالبينتين ممكن إذا لم تؤقت واحدة من البينتين وقتاً فحمل بينة الإقرار على ما قبل إقامة الحد وبينة إقامة الحد تحمل على ما بعد الإقرار كأن القاضي أقرّ قبل إقامة الحد إنه لم يوجد حد القذف، ثم أقام عليه حد القذف بعد ذلك، وما أمكن العمل بالبينتين لا يعطّل واحدة منهما.

والثاني: أن البينة على الإقرار قامت على النفي من حيث المقصود، لأن المقصود من إثبات هذا الإقرار على القاضي نفي الحد لا يفّوت حكماً آخر فكانت هذه البينة باعتبار المقصود قائمة على النفي، والبينة على النفي لا تقبل، فصار وجود هذه البينة وعدمها بمنزلة وإن كان الشهود قد وقتوا في ضربه وقتاً بأن شهدوا أن قاضي بلد كذا حدّ هذا حد القذف سنة سبع وخمسين وأربعمائة مثلاً، فأقام المشهود عليه البينة أن ذلك القاضي قد مات سنة خمس وخمسين وأربعمائة أو أقام البينة أنه كان غائباً في أرض كذا سنة سبع وخمسين، فإن القاضي يقضي بكونه محدوداً في القذف ولا يلتفت إلى بينته.

ولا تجيء في هذه المسألة الطريقة الأولى التي ذكرناها في المسألة الأولى من إمكان العمل بالبينتين، لأن العمل بالبينتين ههنا غير ممكن.

وإنما تجيء الطريقة الأخرى هنا: أن بينة المشهود عليه من حيث المعنى قائمة على النفي، لأن المقصود من إثبات موت القاضي قبل ذلك نفي الحد لا حكم آخر يتعلق بالموت، وكذلك المقصود من إثبات نفي الحد لا حكم آخر يثبت بالغيبة فكانت بينة المشهود عليه قائمة على النفي، والبينة على النفي غير مقبولة فصار وجود هذه البينة وعدمها بمنزلة إلا أن يكون أمراً مشهوداً فحينئذ لا يقضىٰ بكونه محدوداً في قذف بأن كان موت القاضي قبل الوقت [٤٢٤ب/ ١] الذي شهد الشهود بإقامة الحد فيه مستفيضاً ظاهراً فيما بين الناس عَلِمَهُ كل صغير وكبير وكل عالم وجاهل أو كان كون القاضي في أرض كذا في الوقت الذي شهد الشهود بإقامة الحد فيه ظاهراً مستفيضاً عرفه كل صغير وكبير وكل عالم وجاهل، فحينئذ لا يقضي بكون الشاهد محدوداً في قذف ويقضي على المشهود عليه بحد الزنا، وذلك لأن بينة المشهود عليه على ما أقامها قائمة على النفي فصار وجودها وعدمها بمنزلة، فبقي بينة المشهود عليه على كونه محدوداً في قذف وإنها

عالم بالحفر، فوقع لا ضمان على الحافر ثم الحافر يضمن إذا كان الماشي لا يعلم بالحفر؛ لأن الحفر له أثر في الإتلاف، وما وجد من المزكي ههنا لا أثر له في الإتلاف لأنه بالتزكية أثبت خصالاً حميدة في الشاهد، ولا أثر للخصال الحميدة في الإتلاف [٤٢٢أ/١] إذا لم يكن لما أثبته المزكي أثر في الإتلاف لم يكن مسبباً وكان بمنزلة شهود الشرط في العتق لا يضمنون، وإن كان لولا شهادتهم بالشرط لما تلف العبد؛ لأنه لا أثر للشرط في العتق بحال فكذا هذا.

ولأبي حنيفة عبارتان **إحداهما**: أن الأمر كما قالا إلا أن للتزكية أثر في الإتلاف لأن سبب الإتلاف الشهادة بالزنا وللحرية والبلوغ عن عمل الذي أثبته المزكي في الشاهد أثر في إثبات ولاية الشهادة، فإن الشهادة إثبات ولاية على الغير، وبالحرية والبلوغ عن عمل يثبت الولاية على الغير، وإذا كان له أثر في الإتلاف كان بمنزلة المسبب، والمسبب إذا كان متعدياً في السبب يضمن والمزكي متعد لما تعمد التزكية مع العلم بحاله، بخلاف شهود الإحصان إذا رجعوا حيث لا يضمنون؛ لأنهم ما سببوا الإتلاف لأنه لا أثر للإحصان في الإتلاف، لأنه لا تثبت به ولاية في الشهود، وإنما يثبت خصال حميدة في الزاني، وإنه لا أثر لعيب في الإتلاف.

العبارة الثانية: أن التزكية جارية مجرى غلبة العلة لأن العلة المظهرة للزنا الشهادة، وإنما صارت الشهادة حجة بتزكيتهم، وكانت التزكية علّة ظهور الزنا، وقد تعذر إضافة الحكم إلى العلّة فيضاف إلى علة العلّة كما في حفر البئر، فإن علة التلف ثقل الماشي والحفر علة معملة لهذه العلة، وتعذر إضافة التلف إلى الثقل الذي هو علته، لأنه معذور، فأضيف إلى علة العلة وهي الحفر كذا ههنا.

هذا إذا ظهر أن الشهود عبيد أو كفّار أو محدودون في القذف، فأما إنهم فسقة ورجع المزكون عن التعديل، وقالوا: عرفناهم فسقة إلا أنا تعمدنا التعديل فإنهم لا يضمنون لأن المزكي في هذه الصورة ليس بمسبب لأنه ما أثبت إلا انزجاره عن الكبائر ولا أثر لها في إثبات ولاية الشهادة إنما ثبتت بالحرية والبلوغ عن عقل وبالإسلام، والانزجار عن الكبائر إنما يشترط للرحجان، وما يعتبر للرحجان لا يصلح علّة، ولهذا قالوا: لو تعمد القاضي القضاء بشهادة الفساق نفذ قضاؤه، وإذا لم يكن للتعديل مع قيام ولاية الشهادة أثر في الإتلاف كان بمنزلة شاهدي الإحصان وشاهدي الشرط، بخلاف ما لو أخبر أنه حر مسلم فإن له أثر في الإتلاف، وهذا إذا قال المزكي: هم أحرار مسلمون عدول.

فأما إذا قال: عدول لا غير، ثم ظهر أن الشهود عبيد لا ضمان عليهم، لأن المزكي بهذه التزكية لم يثبت ما له أثر في الإتلاف لأنه أثبت مجرداً لا تثبت به ولاية الشهادة، ألا ترى أن العبد قد يكون عدلاً وليس له ولاية الشهادة بخلاف ما لو قال: إنه حر مسلم، لأن الحرية والإسلام تثبت ولاية الشهادة فقد أثبت ما له أثر في الإتلاف فلهذا افترقا.

قال محمد رحمه الله: إذا جاء المشهود عليه بالزنا بشاهدين يشهدان على الشاهدين

بيقين؛ لأن خطأ القاضي إنما يظهر بيقين إذا ظهر أنه قضاء بغير شهادة ولم يظهر، لأن الفاسق له شهادة عندنا إلا أنه لم يجب القضاء بها لتهمة الكذب لا لأنه لا شهادة له، ألا ترى أن القاضي إذا ردّ شهادة الفاسق في حادثة ثم تاب وأعاد تلك الشهادة لا تقبل، لأن المردود كان شهادة والشهادة إذا ردت في حادثة لا تقبل أبداً، وهذا بخلاف ما لو ظهر أن الشاهد أعمى أو محدود في قذف أو صبي أو كافر؛ لأن هناك ظهر خطأ القاضي بيقين لأن شهادة هؤلاء ليست بشهادة.

أما العبد والصبي والكافر فلا إشكال، ولهذا قلنا: إذا ردّ القاضي شهادة العبد أو الصبي، ثم عتق العبد أو بلغ الصبي وشهد بعد ذلك تقبل شهادته، لأن المردود كان خبراً لا شهادة ولهذا وجب الرد وإن كان العبد عدلاً، وإذا كان المردود خبراً لا شهادة وكان المقبول خبراً فالإنشاء إنما يعرف بأضدادها والقضاء بالخبر خطأ بيقين.

وأما المحدود في القذف والأعمى: فشهادتهما خبر من حيث الحكم وليست بشهادة بدليل أنها ترد من غير تهمة الكذب، فإن المحدود في القذف وإن كان عدلاً والأعمىٰ وإن كان عدلاً لا يقضى بشهادتهما، والرد من غير تهمة الكذب حكم الخبر لا حكم الشهادة، فإن الرد بأحد طريقين: إما بتهمة الكذب بعد وجود أصل الشهادة أو بكون المردود خبراً، فإذا ردّ من غير تهمة الكذب دل أنه خبر حكماً وليست بشهادة، والقضاء من غير شهادة خطأ بيقين هذا هو الكلام في المحصن.

جئنا إلى غير المحصن وفيه خلاف على نحو ما بينا، فوجه قول أبي يوسف ومحمد: لوجوب الدية ونقصان الضرب في مال بيت المال ما ذكرنا في المحصن هذا من خطأ القاضي، وجه قول أبي حنيفة: أن القاضي إنما قضى بضرب مؤلم لا بضرب جارح والشهود شهدوا بذلك أيضاً، وإنما حصل الجرح لحماقة الجلّاد، فلم يحصل الجرح بخطأ القاضي ولا بشهادة الشهود فلا يجب ضمان ذلك على أحد.

أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فزكاهم نفر وقالوا: إنهم أحرار مسلمون عدول، ثم ظهر أنهم عبيد أو كفار أو محدودون في القذف، إن بقي المزكون على تزكيتهم ولم يرجعوا عن التزكية ولكن قالوا: أخطأنا فلا ضمان عليهم عندهم جميعاً، وإنما يجب الضمان في بيت المال؛ لأن المزكي عامل لغيره كالقاضي، فإذا لحقه ضمان بسبب الخطأ كان له أن يرجع بما ضمن على المعمول له كالقاضي، فيجب الضمان في بيت المال.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا ضمان على المزكين وإنما يجب الضمان في بيت المال. وجه قولهما في ذلك: أن ما يجب من الضمان على المزكي ضمان تعدي، وضمان التعدي إنما يجب إما على المباشر أو على المسبب المتعدي، والمزكي لم يباشر علة الإتلاف فإن علة الإتلاف الزنا، والمزكي ما أثبت الزنا بتزكيته إنما أثبته شهود الزنا، ولهذا قالوا: لأن الشهود مع المزكين لو رجعوا لكان الضمان على الشهود وليس بمسبب أيضاً للإتلاف، فإن المسبب للإتلاف من يوجد منه صنع له أثر في الإتلاف، ويحصل الإتلاف بعلّة أخرى كما في الحفر، التلف حصل بمشي الماشي وثقله، حتى لو مرّ وهو

لأنه لا يتوهم الزنا من المجبوب وكان ما هو المقصود من إقامة الحد حاصلاً.

أربعة شهدوا على رجل بالزنا والإحصان، ورجمه الإمام ثم وجد المرجوم مجبوباً فعلى الشهود الديّة لأنه ظهر كذبهم بيقين، فإن كان المشهود عليه امرأة فنظر إليها النساء بعد الرجم فقلن: إنها عذراء أو رتقاء، فلا ضمان على الشهود، لأن الضمان لو وجب على الشهود وجب بقول النساء، وشهادة النساء ليست بحجة في إيجاب الضمان على الغير بخلاف ما لو وجد المرجوم مجبوباً، لأن الجب عرف بشهادة الرجال أو معاينة القاضي، وكل ذلك صالح في إيجاب الضمان على الغير.

نوع آخر

فيما إذا ظهر أن الشهود عبيد أو كفار أو ما أشبه ذلك

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: أربعة شهدوا [٤٢١ب/١] على رجل بالزنا وهو غير محصن، فضربه الإمام ثم ظهر أن الشهود كانوا عبيداً أو كفاراً أو محدودين في قذف، أو ظهر أن أحد الشهود كان عبداً أو كافراً أو محدوداً في قذف، وقد مات من الجلد أو جرحته السياط، قال أبو حنيفة: لا ضمان على القاضي ولا في بيت المال، وقال أبو يوسف ومحمد: الضمان في بيت المال الدية إن مات المجلود، وضمان الجراحة إن جرحته السياط، فالكلام في فصلين في المحصن وفي غير المحصن، صورة الكلام في غير المحصن ما ذكرنا.

صورته في المحصن: أربعة شهدوا على رجل بالزنا وهو محصن، أو شهدوا عليه بالزنا والإحصان، فرجمه الإمام ثم وجد أحد الشهود عبداً أو مكاتباً، أو محدوداً في قذف فديته على القاضي ويرجع القاضي بذلك في مال بيت المال بالإجماع.

الأصل في جنس هذه المسائل: أن القاضي متى ظهر خطؤه فيما قضى بيقين فإنه يضمن ما قضى ويرجع بذلك على المقضي له؛ لأن القاضي في القضاء عامل للمقضي له، ومن عمل لغيره عملاً ولحقه في ذلك ضمان من غير تعد من جهته، يرجع بذلك على المعمول له، أصل: المودع والوكيل بالبيع والشراء إذا لحقتهم العهدة، فإنهم يرجعون بذلك على المعمول لهم وطريقه ما قلنا، فكذا ههنا.

ثم ينظر إن حصل القضاء بالمال وكان المال قائماً بعينه بيدي المقضي له أخذه القاضي ورده على المقضي عليه، وإن كان مستهلكاً ضمن قيمته ورجع بذلك على المقضي له، وإن كان قصاصاً يرجع بما ضمن على ولي القصاص؛ لأنه هو المقضي له، وإن كان المقضي به رجماً أو قطع يد في السرقة ورجع بما ضمن في بيت المال؛ لأن المقضي له بالحد عامة المسلمين؛ لأن منفعة إقامة الحد تحصل لهم، فيكون الرجوع بالضمان عليهم وتعذر الرجوع على عامة المسلمين فيرجع في مال بيت المال، لأنه مال عامة المسلمين.

ولو ظهر أن الشهود فساق فلا ضمان على القاضي؛ لأنه لم يظهر خطؤه فيما قضى

وكذلك لو شهد شاهدان أنه زنىٰ بها في ساعة النهار، وشهد آخران أنه زنى بها في ساعة أخرى، فإنه لا تقبل هذه الشهادة، قالوا: وهذا إذا شهد الآخران على ساعة أخرىٰ لا يمكن التوفيق بينهما، بأن شهد اثنان أنه زنىٰ في ساعة يوم الخميس، وشهد آخران أنه زنى بها في ساعة من يوم الجمعة، أو شهد الآخران على ساعة أخرى من يوم الخميس بحيث لا يمتد الزنا إلى تلك الساعة تقبل الشهادة لأن التوفيق ممكن.

ولو شهد اثنان أنه زنى بها في مقدمة هذا البيت، وشهد آخران أنه زنى بها في مؤخرة هذا البيت، القياس: أن لا تُقبل الشهادة؛ لأنهما اختلفا فيما شهدا به، والتوفيق غير ممكن؛ لأن التوفيق غير مشروع لإيجاب الحد؛ لأن في التوفيق احتيال للوجوب والقاضي مأمور بالاحتيال للدرء، وإذا تعذر التوفيق صار الجواب فيه كالجواب في الدارين والبيتين، وفي الاستحسان تقبل الشهادة؛ لأن التوفيق ممكن؛ لأن التوفيق في الحدود مشروع.

ألا ترىٰ لو شهد أربعة على رجل بالزنا، شهد كل واحد منهم أنه زنى بفلانة تقبل الشهادة وتحمل شهادة كل واحد منهم على الزنا الذي شهد به صاحبه، وإن لم ينص على ذلك في شهادته، فإنه لم يشهد الثاني أنه زنى بالزنا الذي شهد به صاحبي، ثم حمل شهادته كل واحد منهم على الزنا الذي شهد به صاحبهُ، فدلّ أن التوفيق في باب الحد مشروع، وإذا كان مشروعاً كان التوفيق ممكناً نوفق حتى لا تتعطل البيّنة، والتوفيق ههنا ممكن بأن يكون ابتداء الزنا في مقدم البيت والانتهاء في مؤخر البيت لمكان التجاذب، وإذا أمكن التوفيق وجب التوفيق، وإذا وجب التوفيق فقد اتحد المشهود به بخلاف الدارين؛ لأن التوفيق هناك غير ممكن.

ولو شهد شاهدان أنه زنى بها وعليها ثوب كذا، وشهد آخران أنه زنى بها وعليها ثوب آخر، فالقاضي يقبل هذه الشهادة؛ لأن التوفيق ممكن بأن ظاهر بين ثوبين ووقف كل فريق على أحدهما، فإذا أمكن التوفيق اتحُدّ المشهود به.

نوع آخر

فيما إذا ظهر كذب الشهود في شهادتهم

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: أربعة شهدوا على رجل بالزنا فنظر النساء إليها فقلن: هي بكر، فإنه يدرأ عنها الحد وعن الشهود جميعاً، أما يدرأ عن المرأة لظهور كذب الشهود إذ لا يتصور الزنا الموجب للحد مع قيام البكارة، وقد ثبتت البكارة ههنا بقولهن؛ لأن قول النساء فيما لا يطلع عليه الرجال حجة؛ وأما اندراء الحد عن الشهود لأنه تكامل عددهم في الشهادة على الزنا، وإنما امتنع حكم شهادتهم باعتبار قول النساء فقول النساء لا يعتبر في إيجاب الحد عليهم.

وكذلك لو شهدوا على رجل بالزنا، فإذا هو مجبوب دريء الحد عنه وعن الشهود، أما عنه فلظهور كذب الشهود إذ لا يتصور الزنا الموجب للحد مع الجب، وأما عنهم فلأن حد القذف إنما شرع لنفي تُهْمة الزنا عن المقذوف، والتهمة منفية إذا كان مجبوباً؛

حقيقة، وأما حكماً فلأنها لا تأثم فكان كل الفعل للرجل، والذين شهدا بالطواعية أثبتا شطر الفعل من الرجل؛ لأنها إذا كانت طائعة فهي زانية حكماً إن لم تكن زانية حقيقة، والرجل زان حقيقة وحكماً، ومعلوم أن الفعل الذي ينفرد به الفاعل غير الفعل الذي يشترك فيه اثنان، ولم تقم الحجة الكاملة على كل فعل وهو شهادة الأربع فلهذا لا يحد الرجل، وأما الشهود فليس عليهم حد القذف بالإجماع.

أما على قول أبي حنيفة: فلأنهم اتفقوا على نسبته إلى الزنا في أول الشهادة وذلك يخرج كلامهم من أن يكون قذفاً.

وأما عندهما فلأن الذين شهدا على أنه زنى بها وهي طائعة صارا قاذفين لها بالزنا، ولكن شهادة الذين شهدا أنه استكرهها أسقط الحد عنها، وهذا بمنزلة ما لو قذف رجل امرأة ثم أقام عليها شاهدين أنها زنت وهي مكرهة، فإنه يسقط الحد عن القاذف فيسقط الحد عن الشهود بالإجماع لعلتين مختلفتين وتتبين فائدة اختلاف العلتين بمسألة ذكرت في «الكيسانيات».

وصورتها: لو شهد أربعة على رجل أنه زنىٰ بهذه المرأة [١٤٢١/١أ] وشهد ثلاثة أنها طاوعته وشهد الرابع أنه استكرهها، فعلى قول أبي حنيفة لا يقام الحد على أحدهم؛ لأنهم اتفقوا في شهادتهم على نسبها إلى الزنا، فخرج كلامهم من أن يكون قذفاً، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: يقام الحد على الثلاثة في هذه الصورة بخلاف المسألة المتقدمة، لأن في هذه المسألة الثلاثة نسبوها إلى الزنا فصاروا قاذفين بالزنا، والذي شهد أنه استكرهها لم ينسبها إلى الزنا، إذ بشهادة الواحد على الزنا، وهي مكرهة لا يسقط حد القذف عن الثلاثة الذين نسبوها إلى الزنا إذ بشهادة الواحد لا تنعدم النسبة إلى الزنا بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن هناك بشهادة الاثنين أنها كانت مكرهة تنعدم النسبة إلى الزنا، فلا يجب الحد.

ولو شهد اثنان أنه زنى بها بالكوفة، وشهد اثنان أنه زنى بها بالبصرة لا تقبل الشهادة؛ لأنهم اختلفوا فيما شهدوا به والتوفيق به غير ممكن حتى يثبت الاتحاد في المشهود به، فكان المشهود به زناءين مختلفين، وليس على كل واحد منهما إلا شهادة شاهدين.

وإذا لم تقبل هذه الشهادة هل يحد الشهود حد القذف؟ فعلى قول علمائنا الثلاثة لا يحد، ووجه ذلك: أن العدد قد تكامل في حق المشهود عليه فإنه شهد عليه أربعة بالزنا إن لم يتكامل في حق الزنا فيجب حد الزنا من وجه دون وجه فلا يجب بخلاف ما لو شهد اثنان أو ثلاثة بالزنا؛ لأن هناك العدد لم يتكامل لا في حق المشهود عليه ولا في المشهود به، أما ههنا بخلافه.

وكذلك إذا شهد شاهدان أنه زنى بها في قبيلة فلان، وشهد آخران أنه زنى بها في قبيلة أخرى، وشهد شاهدان أنه زنى بها في هذه القرية، وشهد آخران أنه زنى بها في قرية أخرى لا تقبل الشهادة، لما ذكرنا في مسألة الكوفة والبصرة.

فإذا قال: لا أعرف المرأة يتمكن بقوله لا أعرف المرأة شبهة أنها أجنبية أو منكوحة أو خادمة أو خادمة غيره، كما يتمكن شبهه أنهم عرفوا أنها أجنبية منه إلا أنهم لم يعرفوا نسبها واسمها فيجعل ما تمكن من الاشتباه كالمنصوص عليه، وإذا صار كالمنصوص عليه صار كأنهم قالوا: لم نعرف أنها منكوحة أو أجنبية أو خادمة أو خادمة أبيه أو خادمة غيره ولم نعرف ا سمها ونسبها، ولو نصوا على هذا لا تقبل شهادتهم، لأن فعل المشهود عليه إنما يكون زناً موجباً للحد إذا كان في الأجنبية، فإذا لم يعرفوا ذلك لم يثبت فعله كاذباً موجباً للحد من كل وجه.

نوع آخر

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: أربعة شهدوا على رجل بالزنا فشهد اثنان أنه استكرهها وشهد اثنان أنها طاوعته قال أبو حنيفة: أدرأ عنهم الحد جميعاً يعني عن الرجل والمرأة والشهود، وقال أبو يوسف ومحمد: يحد الرجل ولا تحد المرأة ولا حد على الشهود هذه المسألة تنبىء عن أصل، وهو: أن المرأة إذا أكرهت على الزنا بقتل فمكنت نفسها من الزنا لا إثم عليها ولا حد، أما الإثم عليها؛ لأن الإثم يستحق بفعل محظور ولا فعل من جانبها على الحقيقة، فإنها ساكتة ولكن في وسعها المعارضة ودفع الرجل فتخاطب بأنه لا تمكن بدفع الرجل، فإذا لم تدفع الرجل مع قدرتها على الدفع بأن كان طائعة فقد تركت الفعل الواجب عن اختيار فتأثم بترك الفعل، والإثم كما يستحق بفعل هو معصية يستحق بترك الفعل الواجب، فأما في حالة الإكراه فهي غير مختارة في ترك الدفع بل هي مضطرة فيثبت نوع رخصة في حقها فلا تأثم بخلاف الرجل، فإنه فاعل فعل الزنا وهو الإيلاج، والإكراه لا يؤثر في رخصة الزنا فهذا هو الفرق بينها وبين الرجل وإذا ثبت نوع رخصة في فعلها لا تستحق به الحد إذ الحد عقوبة والعقوبة إنما تستحق بفعل محظور شرعاً لا بفعل مرخص، وسقوط الحد عن المرأة بحكم الإكراه لا يوجب سقوط الحد عن الرجل، لأن الرجل أصل في الفعل والمرأة كالتبع لا تؤثر في سقوط الحد عن الأصل.

فإذا عرفنا هذا جئنا إلى تخريج المسألة.

حجتهما في ذلك: أن الشهود الأربعة اتفقوا على الزنا الموجب للحد في حق الرجل، لأن المرأة إن كانت طائعة فالحد واجب على الرجل، وإن كانت مكرهة، فالحد واجب على الرجل أيضاً، فيجب الحد عليه. ثم أحد الفريقين أثبت بزيادة جناية من الرجل وهو الإكراه على الزنا، وذلك يؤكد جنايته فكيف يصير شبهة. فأما ما اتفقوا على الزنا الموجب للحد في حق المرأة لأنها إن كانت طائعة يجب عليها الحد، وإن كانت مكرهة لا يجب عليها الحدّ ولم تثبت الطواعية بشهادة الشهود فلهذا لا يجب عليها الحد.

حجة أبي حنيفة رضي الله عنه: أنهم شهدوا على فعلين مختلفين في جانب الرجل فلا يقبل كما لو شهد اثنان أنه زنى بها بالبصرة وشهد اثنان أنه زنى بها بالكوفة، إنما قلنا ذلك لأن اللذين شهدا بالإكراه أثبتا كل الفعل من جانب الرجل؛ لأن المرأة في حالة الإكراه لا تكون فاعلة فعل الزنا لا حقيقة ولا حكماً، أما حقيقة فظاهر لأنه لا فعل منها

رضي الله عنه أقر بالزنا بين يدي رسول الله ﷺ بامرأة غائبة وأمر رسول الله ﷺ برجمه[1]، ولو كانت غيبة المرأة مانعة إقامة الحد لما أمر به.

وإذا ثبت هذا الحكم في الإقرار في الشهادة، لأن الشهادة حجة كالإقرار، فإن قيل: ينبغي أن لا يقام الحد عليه للحال لأن الغائبة لو حضرت يحتمل أنها تدعي النكاح، وعلى تقدير دعواها النكاح لا يقام عليه الحد، فإذا كان احتمال دعوىٰ النكاح ثابتاً يجب أن تصير شبهة مانعة إقامة، قلنا: إذا كانت حاضرة وادعت النكاح فالثابت هو الشبهة، لأنه يحتمل أنها صادقة في الدعوى ويحتمل أنها كاذبة، فعند الاحتمال تثبت الشبهة. وإذا كانت غائبة والغائب شبهة الشبهة؛ لأن حالة الغيبة الثابت احتمال الدعوىٰ وبحقيقة الدعوىٰ يثبت الشبهة، فبالاحتمال يثبت ما دون الشبهة غير معتبرة في موضع ما؛ لأن اعتبارها يؤدي إلى سد باب الحدود وباب الحدود مفتوح شرعاً، فما يؤدي إلى سدّه يكون باطلاً.

فإن قيل: لو شهد الشهود على رجل أنه سرق من فلان وفلان غائب لم يقطع، وهذا اعتبار شبهة الشبهة، قلنا: إنما امتنع استيفاء القطع لا باعتبار شبهة الشبهة بل بمعنى آخر، وهو أن الدعوىٰ شرط لثبوت السرقة عند القاضي؛ لأن السرقة جناية على حق العبد فالشهادة على السرقة شهادة بملك المسروق للمسروق منه، والشهادة للإنسان على الإنسان لا تقبل من غير دعوىٰ، فإنما امتنع استيفاء القطع [٤٢٠ب/ ١] لعدم الدعوىٰ لا لشبهة الشبهة بخلاف الزنا فإن الدعوى ليس بشرط لثبوت الزنا عند القاضي إذ الشهادة على الزنا ليست بشهادة لغير الزاني، ولا على غير الزاني حتى يشترط دعواه فلهذا افترقا.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: إذا شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها، فإنه لا يقام عليه الحد، ولو أقر أنه زنىٰ بامرأة لا يعرفها، فإنه يقام عليه الحد، ولا فرق بين المسألتين من حيث الظاهر؛ لأنه كما يشتبه على الشاهد أن الموطوءة أجنبية من الواطىء أم منكوحة يشتبه على الواطىء ذلك بأن كان يتزوج امرأة ولم يرها ولم تُزف إليه، ثم وطىء امرأة بعد ذلك ولم يعرفها يشتبه عليه أنها امرأته التي تزوجها أم أجنبية منه.

ووجه الفرق بينهما: أن اشتباه المنكوحة عن الأجنبية منتف في حق المقر، لأن المقر فيما يقر على نفسه غير متهم، فكما لا يقر على نفسه بالحد كاذباً لا يقر على نفسه بالحد حالة الاشتباه، فلما أقر على نفسه بالزنا انتفى شبهة أن الموطوءة منكوحته، وثبت كونها أجنبية بإقراره، ولما انتفىٰ هذا الاشتباه عن إقراره انصرف قوله: لم أعرفها إلى عدم المعرفة من حيث الوجه والنسب، أي لم أعرفها بوجهها ونسبها، ولكن علمت أنها أجنبية، فيجعل هذا كالمنصوص عليه بخلاف الشاهد، لأنه يقر على غيره والإنسان قد يقر على غيره كاذباً بيقين فيقر على غيره حالة الاشتباه.

---

(١) أخرجه البخاري في الأحكام حديث ٦٨٢٤، وأبو داود في الحدود حديث ٤٣٧٧.

تأخيرهم فسقاً وحمل أمور المسلمين على الصلاح والسداد واجب ما أمكن، فإذا شهدوا بعد ذلك تمكن في شهادتهم تهمة أنهم تركوا الجهة التي اختاروها في الابتداء وهي جهة الستر لضغينة حملتهم على ذلك، والشهادة تبطل بسبب التهمة، والتهمة التي ذكرناها في الزنا وشرب الخمر لا تتأتى في فصل السرقة والقذف والقصاص، لأن الشهود في هذه الأبواب لا يتمكنون من الشهادة إلا بعد الدعوىٰ من العباد ولم توجد الدعوىٰ من العباد حتى الآن، فيكون الشهود في التأخير معذورين، فلا تتمكن تهمة الضغينة في شهادتهم فلا يمكن رد شهادتهم بسبب تهمة الضغينة.

ولهذا قال أصحابنا في باب الزنا وشرب الخمر إذا كان بالتقادم بعد زمان كان الزنا وشرب الخمر في موضع فيه قاض، وجاء الشهود إلى بلد فيه قاضي وشهدوا جازت شهادتهم بيان تهمة الضغينة في الدعوىٰ في باب السرقة أن المسروق منه مخير في باب السرقة بين حسبتين حسبة أن يدعي السرقة ليقام الحد، فيحصل الانزجار، وحسبة أن لا يدعي السرقة ستراً على المسلم بل يدعي مُطلق الأخذ، لأن في السرقة أخذ وبدعوى الأخذ مطلقاً يحصل إحياء حقه ويقع الصيانة عن سقوط القيمة، فإن اختار الأول يحرم التأخير، فإذا أخر يحمل على أنه اختار حسبة الستر، فإذا عاد يدعي السرقة تمكن في دعواه تهمة أن الضغينة حملته على الدعوى إلا أن تهمة الضغينة تعتبر فيما يندرىء بالشبهات وهو الضمان، فيقضى بالضمان إن كان لا يقضي بالقطع وبيان تهمة الضغينة في الشهادة في باب السرقة أيضاً، فإن الشهود يتمكنون من الشهادة في باب السرقة بدون الدعوىٰ، فإن لهم أن يشهدوا كما عاينوا السرقة حتى يحبس القاضي السارق إلى أن يجيء المسروق منه فيدعي بدعوى المسروق منه يشترط لقبول الشهادة لأجل المال لا للحبس، فإذا لم يشترط الدعوى للحبس أمكن للشهود الأداء قبل الدعوى لأجل الحبس، فإذا أخروا يحمل تأخيرهم على أنهم اختاروا الستر، فإذا شهدوا بعد ذلك تمكن في شهادتهم تهمة أنهم تركوا الجهة التي اختاروها في الابتداء الضغينة حملتهم على ذلك، فيمتنع قبول الشهادة.

ثم لم يقدر التقادم تقديراً صريحاً، فظاهر ما يقول في «الجامع الصغير» إلى أن ستة أشهر فما فوقها متقادم، فإنه قال في الرجل يشهد عليه الشهود بسرقة بعد حين، واسم الحين عند الإطلاق ينصرف إلى ستة أشهر. وقد روي في غير رواية الأصول أن الشهر فما فوقه متقادم، وعن محمد أن ثلاثة أيام فما فوقها متقادم وعن أبي يوسف أنه قال: جهدنا بأبي حنيفة حتى يبين لنا في ذلك مدة فأبى وقال: هو على قدر ما يرىٰ الإمام فيه.

وإذا شهدوا بالزنا وقالوا نعمد بالنظر بحد المشهود عليه ولا تسقط عدالتهم بتعمد النظر إلى الفرج لأن تعمد النظر حسنة للشهادة مطلق شرعاً فلا يوجب سقوط العدالة.

نوع آخر

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: أربعة شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلان عاينه، أو أقرّ الرجل أنه زنى بفلانة وفلان عاينه يحد الرجل فقد صح أن ماعزاً

وإذا زنى صبي بصبية فلا حد عليهما وعليه المهر؛ لأن الصبي مأخوذ بأفعاله، ولو أقر الصبي بذلك لا يلزمه شيء بإقراره، لأن الصبي غير مأخوذ بأقواله. ولو زنى صبي بامرأة حرة بالغة فأذهب عذرتها وهي مكرهة، فإنه يضمن المهر بخلاف ما إذا كانت مطاوعة، والفرق أنا لو أوجبنا المهر على الصبي وقد دعته إلى نفسها لا يفيد الإيجاب، لأن لولي الصبي أن يرجع عليها بمثل ذلك في الحال؛ لأنها أمرت الصبي بأمر وقد لحقه غرم بذلك وصح المهر من المرأة؛ لأن لها ولاية على نفسها فلا يفيد الإيجاب، أما إذا لم يوجد منها الدعاء بل كانت مكرهة لو أوجبنا المهر على الصبي لا يكون لولي الصبي أن يرجع عليها بمثل ذلك، وكان الإيجاب مفيداً فلهذا افترقا.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» عن أبي حنيفة رضي الله عنه: حربي دخل دارنا بأمان وزنى بذمية أو مسلمة يجب الحد على الذمية والمسلمة ولا يجب على المستأمن، وقال أبو يوسف: يجب الحد عليهما، وقال محمد: لا يجب الحد على واحد منهما، ولو زنى بمستأمنة فلا حد على واحد منهما عند أبي حنيفة ومحمد، وعلى قول أبي يوسف عليهما الحد، فالأصل عند أبي يوسف: أن الحدود التي تجب لله تعالى خالصاً تقام على المستأمن والمستأمنة في دار الإسلام كما تقام على الذمي والذمية والمسلم، وهذا لأن المستأمن يعتقد حرمة الزنا، وقد قدر الإمام على إقامة الحد عليه لكونه في دار الإسلام، وهو قد التزم أحكام الإسلام مدة مقامه في دار الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات، ولهذا يمنع من الربا ومن شراء العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعه إذا فعل ذلك.

والأصل عند أبي حنيفة ومحمد أنه لا يقام على المستأمن والمستأمنة ما هو من الحدود الواجبة لله تعالى على الخلوص، لأن الإقامة تنبني على الولاية والولاية تنبني على الالتزام وهو بالأمان التزم حقوق العباد لا حقوق الله تعالى، لأنه إنما يدخل دارنا ليقضي حاجته، فيعاملنا ونتعامل معه فيكون ملتزماً ما يتصل بالمعاملة من حقوق لا ما يتصل بالمعاملة من حقوق الله تعالى، ألا ترى أنه لا نضرب عليه الجزية ولا يمنع من الرجوع إلى دار الحرب ومنع الكافر من أن يعود حرباً علينا بعد تمكيننا منه حق الله تعالى، ولو التزم هو شيئاً من حقوق الله يمنع من الرجوع إلى دار الحرب كما يمنع الذمي، وإذا لم يلتزم شيئاً من حقوق الله تعالى بالأمان صار وجود هذا الأمان في حقوق الله والعدم بمنزلة، ولو انعدم الأمان كان لا يقام عليه شيء من هذه الحدود فكذا ههنا.

والمنع من شراء المصحف ومن شراء العبد المسلم لحق المسلمين، لأن الاستحقاق بالمصحف، والعبد المسلم يغيظ المسلمين وهو ملتزم حقوق المسلمين، وإنما يقتل قصاصاً؛ لأن القصاص حق العبد، ولهذا لا يصح الرجوع عنه بعد الإقرار ويسقط بالعفو وهو ملتزم حقوق العباد.

وإذا قذف مسلماً إنما يقام عليه حد القذف وإن كان معظم الحق فيه لله تعالى، لأن للعبد فيه نوع حق، ولهذا لم يصح الرجوع عنه بعد الاقرار، والمستامن بالأمان التزم

حقوق العباد إن لم يلتزم [٤٢٨أ/ ١] حقوق الله تعالى، فإن اعتبرنا حق العبد يلزمه حق الله تعالى لأنه لا يمتاز عنه، وإن اعتبرنا حق الله تعالى لا يلزمه حق العبد؛ لأنه لا يمتاز عنه، فنقول: اعتبار حق العبد أولى؛ لأنه وجد من المستأمن التزام حق العبد ولم يوجد منه التزام حق الله تعالى، والعمل بما وجد فيه الالتزام أولى من العمل بما لم يوجد فيه الالتزام؛ لأن أحدهما يرجع إلى وجود الدليل والآخر يرجع إلى عدم الدليل، ولا شك بأن العمل بالدليل أولى من العمل بعدم الدليل.

ثم إن أبا حنيفة رضي الله عنه يحتاج إلى الفرق بين الحربي إذا زنى بالمسلمة أو الذمية وبين المجنون إذا زنى بعاقلة، فإن هناك كما لم يوجب الحد على الرجل لم يوجبه على المرأة، وههنا أوجب الحد على المرأة ولم يوجبه على الرجل.

والفرق: أنَّ زِنَى المستأمن زناً حقيقة وشرعاً، أما حقيقة فلا شك، وأما شرعاً فلأنه حرام ليس فيه شبهة الإباحة وهو يعتقد حرمته؛ لأن الزنا حرام في الأديان كلها، وإذا لم تتمكن شبهة الإباحة في فعل الرجل لا يتمكن شبهة الإباحة في فعلها أيضاً لكن لم يجب الحد على الرجل مع كون فعله زنا لعدم التزام الحد، وهذا المعنى لم يوجد في جانب المرأة، فأما فعل المجنون إن كان زناً حقيقة فهو ليس بزناً شرعاً، لأنه ليس بحرام على ما عرف.

وإذا لم يكن فعل الرجل حراماً يتمكن في فعل المرأة شبهة الإباحة؛ لأن فعلها في باب الزنا تبع لفعل الرجل، فهذا هو الفرق، وفي كل موضع دريء الحد يجب المهر؛ لأن الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن عقوبة أو غرامة.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: سلطان أكره رجلاً على الزنا ففعل كان أبو حنيفة يقول أولاً: إنه يحد وهو قول زفر، ثم رجع أبو حنيفة وقال: لا يحد.

وجه قوله الأول أنه قارن الإكراه ما يمنع حكم الإكراه فلا يثبت حكم الإكراه قياساً على المكره على البيع بألف إذا باع بألفين وإنما قلنا ذلك لأن الزنا لا يتصور من الرجل إلا بانتشار الآلة، وآلة الرجل لا تنتشر إلا بشهوة دعته إلى الوطء وإذا جاءت الرغبة والاشتهاء إلى ما أكره عليه زال الإكراه؛ لأن المكره من يفعل ما أكره عليه من غير رغبة لدفع العذاب عن نفسه، وهذا بخلاف المرأة إذا أكرهها السلطان على التمكين حيث لا حد عليها في قوله الأول والآخر لأنه لم يقارن تمكينها ما يقطع الإكراه؛ لأن القاطع للإكراه الرغبة والإشتهاء إلى ما أكره عليه وإنه باطن فلا بد من إقامة سبب ظاهر مقامها، ولم يوجد في جانبها سبب ظاهر يدل على الرغبة والاشتهاء ليقوم مقامه، فلم تثبت الرغبة والشهوة في جانبها، وفي جانب الرجل وجد دليل على الرغبة والاشتهاء وهو إنتشار الآلة، فأقيم مقام الرغبة والاشتهاء إلى ما أكره عليه، فقطع حكم الإكراه.

وجه قوله الآخر قوله عليه الصلاة والسلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»(١)، ولأن الإكراه سبب مرخص في الجملة فلئن لم تثبت حقيقة الرخصة

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الطلاق حديث ٢٠٤٣.

ههنا. . . .[(١)] من أن تثبت شبهة الرخصة، والشبهة كافية للدرء، ولأن الحد شرع زاجراً وهو منزجر حتى احتيج فيه إلى الإكراه بالسيف، وما يقول نازل الإكراه ما يقطع الإكراه هذا ممنوع.

بيانه من وجهين:

أحدهما: أن الإكراه إنما ينقطع إذا أتى المكره بزيادة فعل لا يحتاج إليه لدفع الإكراه كما في البيع، فأما إذا أتى بما يحتاج إليه لدفع الإكراه لا ينقطع الإكراه، كما إذا أكره على البيع بألف فباع بألف، وهنا أتى بما يحتاج إليه لدفع الإكراه، فإنه يحتاج إلى الاشتهاء والرغبة ليدفع الإكراه.

والثاني: أن انتشار الآلة محتمل قد يكون طبعاً مع الإكراه، وقد يكون عن قصد وشهوة، ألا ترى أن الصبي قد ينتشر له، ومعلوم أن ذلك يكون طبعاً ولا يكون عن شهوة، فعلم أنه محتمل والمحكم لا يزال بالمحتمل، هذا هو حكم الرجل.

وأما حكم المرأة إذا كانت مطاوعة والرجل مكره نص في «الكتاب» أن على قولهما لا حد على المرأة؛ لأنه لم يجب الحد على الرجل لشبهة إباحة تمكن في فعله بسبب الإكراه، فإنه سبب لثبوت الإباحة على الحقيقة في باب المال فلئن لم يثبت ههنا حقيقة الإباحة لمانع يثبت شبهة الإباحة، وإذا ثبت في فعله شبهة الإباحة يثبت في فعلهما تبعاً.

فأما على قول أبي حنيفة قال محمد في «الكتاب»: لا أحفظ عن أبي حنيفة في المكره شيئاً، وإنما أراد بهذا جانب المرأة لا جانب الرجل، لأنه نص على قوله الأول والآخر في جانب الرجل، فعلمنا أنه أراد به جانب المرأة، فإن كان لا يجب كما قالا لا يحتاج أبو حنيفة إلى الفرق بين المجنون والمكره، وإن كان يقول بوجوب الحد عليها إذا كانت مطاوعة والرجل مكره يحتاج إلى الفرق بين المجنون والمكره.

ووجه الفرق له أن المتمكن بسبب الإكراه في فعل الرجل شبهة الإباحة لا حقيقة الإباحة، بدليل أنه يأثم، فيكون المتمكن في جانبها شبهة الشبهة، لأنه لو تمكن في فعل الرجل حقيقة الإباحة بأن كان مجنوناً كان المتمكن في جانبها شبهة الإباحة. فإذا كان المتمكن في جانب الرجل شبهة الإباحة في جانبها دون ذلك، وذلك شبهة الشبهة، فأما المتمكن بسبب الجنون في فعل الرجل -حقيقة الإباحة، ولهذا لم يأثم ويثبت في جانبها شبهة الإباحة، وقد ذكرنا غير مرة أن المانع للحد شبهة الحقيقة لا شبهة الشبهة هذا إذا كان الإكراه على الزنا من السلطان.

فأما إذا كان الإكراه من غير السلطان عند أبي حنيفة لا يكون إكراهاً، وجوده وعدمه بمنزلة، وعندهما يكون إكراهاً، وهذا اختلاف عصر وزمان، فكان في زمن أبي حنيفة الغلبة للسلطان ولم يكن للدعار واللصوص غلبة ومنعة، فكان لا يتحقق [٤٢٨ب/ ١] الإكراه من غير السلطان كما يتحقق من السلطان، فأفتى كل واحد منهم على حسب ما

---

(١) بياض بالأصل.

عاين، وإذا وجب الحد على الرجل عند أبي حنيفة، وجب على المرأة إذا كانت مطاوعة، لأن فعل الرجل زناً حقيقة وحكماً، ولهذا وجب عليه الحد فصار تمكينها تمكيناً من الزنا. وعلى قولهما لا يجب الحد على المرأة؛ لأن فعل الرجل لم يصر زناً شرعاً من كل وجه عندهما، ولهذا لم يجب عليها لحد وكان بمنزلة المجنون.

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: وإذا زنى بامرأة خرساء لا حد على واحد منهما، وجعل الجواب في الخرساء كالجواب فيما إذا كانت المرأة ناطقة وادعت المرأة النكاح، وإنما فعل هكذا والله أعلم؛ لأنه وجد من الخرساء دعوى النكاح من حيث الاعتبار، لأن الخرساء عاقلة بالغة، والعقل مانع لها عن الزنا وحامل لها على النكاح، فكان شيئاً داعياً إلى النكاح، ووجود النكاح سبب للدعوى فيقام مقام دعوى النكاح؛ لأنها عاجزة عن الدعوى من حيث النطق، كما أقيم إشارتها في العقود مقام النطق لعجزها عن النطق، فكذلك يقام عقلها مقام دعواها النكاح حالة العجز عن النطق، فصح قولنا: إنه وجد منها الدعوى من حيث الاعتبار.

وهذا بخلاف ما إذا كانت المرأة مجنونة أو صبية يجامع مثلها كان على الرجل الحد، لأنه لم يوجد في المجنونة والصبية دعوى النكاح لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الاعتبار، أما من حيث الحقيقة فلا إشكال فيه ولا من حيث الاعتبار، وهو العقل الحامل على النكاح، فإنه لا عقل للمجنونة، والصبية ناقصة العقل، فكانت بمنزلة المجنونة، وإذا عدم دعوى النكاح من المرأة حقيقة واعتباراً وجب الحد على الرجل، وبخلاف ما إذا كانت المرأة غائبة وأقر الرجل بالزنا بها أو شهد عليه الشهود، فإنه يقام على الرجل الحد؛ لأنه لم يوجد دعوى النكاح من الغائبة لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الاعتبار، حقيقة فلا إشكال، واعتباراً لأن العقل الحامل على االنكاح والمانع من الزنا إنما يقام مقام الدعوى في حق العاجز عن الدعوى من حيث الحقيقة، ولا يقام مقامه في حق الناطق والغائبة ناطقة، وإذا لم يقم العقل الحامل على العقد والمانع عن الزنا مقام الدعوى في حق الغائبة من حيث الاعتبار؛ لأنها ناطقة لم يوجد منها الدعوى أصلاً، والحد إنما يمتنع عن الرجل بدعوى النكاح، إما من جهته أو من جهة المرأة حقيقة أو اعتباراً ولم يوجد.

قال محمد رحمه الله في «الأصل» أيضاً: وإذا شهدوا على رجل وامرأة بالزنا فادعت المرأة أنه أكرهها ولم يشهد الشهود أنه أكرهها إنما شهدوا أنها طاوعته فعليهما الحد.

وفيه أيضاً: إذا شهدوا على رجل أنه استكره هذه المرأة فزنى بها يحد الرجل. فرق بين هذا وبينما إذا ادعت النكاح حتى يسقط الحد عنها بدعوى النكاح، فإنه يسقط الحد عن الرجل، وبالإكراه سقط الحد ولم يسقط عن الرجل، وذلك لأن الثابت بدعوى النكاح شبهة الإباحة في المحل؛ لأنه بالنكاح يثبت ملكه في المحل، وما يتمكن من الإباحة في المحل يتمكن في فعل الرجل؛ لأن الفعل كالتبع للمحل من حيث إن الفعل لا يتصور

بدون المحل، والمحل متصور بدون الفعل، فأما الثابت بالإكراه شبهة الإباحة في فعلها لا في المحل؛ لأن الإكراه ليس بسبب لثبوت الملك في المحل، وفعلها في الزنا تبع لفعل الرجل؛ لأن تمكينها لا يصير زناً إلا بعد وجود زنا الرجل، وزنا الرجل يتصور بدون تمكينها بأن كانت نائمة، فالإباحة التي تمكنت في فعلها لا في المحل وهو تبع لا تمكن شبهة الإباحة في فعل الرجل، لأنه متى تمكن شبهة الإباحة في فعل الرجل صار فعله تبعاً لفعلها وهذا لا يجوز.

قال في «الأصل» أيضاً: الجارية قتلت رجلاً عمداً فوطئها ولي القتيل ولم يدَّعِ شبهة بأن قال: علمت أنها علي حرام، فإنه لا يحد، لأن من الفقهاء من يقول يملكها ولي القتيل متى كان القتل عمداً، نحن وإن لم نقل به إلا أنه تبقى شبهة الملك في حقنا باجتهاد ذلك القائل، وهذه شبهة حكمية والشبهة الحكمية تمنع وجوب الحد اشتبه عليه أو لم يشتبه.

وأما إذا قتلت رجلاً خطأً ووطئها ولي القتيل قبل أن يختار الولي شيئاً أجمعوا على أنه إذا اختار الفداء بعد ذلك إنه يحد، لأنه وطيء جارية ليس فيها ملك، لأن أحداً من الفقهاء لا يقول بأن الجناية إذا كانت خطأً إن ولي القتيل يملكها، ولا بسبب ملك ولا شبهة ملك، لأن الثابت وقت الوطء الجناية والجناية لا تفيد الملك في رقبتها بحال دون الدفع، فقبل الدفع يكون الثابت شطر السبب، وإنه لا يورث شبهة، وأما إذا اختار رفع الجناية فالقياس: أن يحد، وفي الاستحسان لا يحد، وفي القياس أخذ أبو حنيفة ومحمد، وبالاستحسان أخذ أبو يوسف.

فوجه قول أبي يوسف أنه وطئها بعد وجود سبب الملك له في الجارية؛ لأن جناية الرقيق توجب أحد الشيئين، إما الدفع أو الفداء، فمتى اختار الدفع تبين أن الجناية كانت موجبة الدفع، فتبين أن الوطء حصل بعد سبب ملك الجارية ومتى اختار الفداء تبين أن الجناية كانت موجبة الفداء لا ملك الجارية [٤٢٩أ/ ١] فلا يتبين أن الوطء حصل بعذر سبب ملك الجارية.

وجه قولهما: أن الجناية سبب ملك الجارية مع الدفع؛ لأن الجناية نفسها لم تشرع سبب ملك في الجاني قبل الدفع، وكان الموجود قبل الدفع شطر السبب وشطر السبب لا يورث الشبهة، لأن الثابت بالسبب التام إذا لم يعمل لمانع الشبهة، فيكون الثابت لشطر السبب دون ذلك، ودون ذلك شبهة الشبهة وشبهة الشبهة لا عبره لها.

وفي «الجامع الصغير»: إذا زنى بجارية وقتلها فعليه الحد ويضمن قيمتها ولا حد عليه، فكان المذكور في «الكتاب» قول أبي حنيفة ومحمد.

وجه قول أبي يوسف: أن هذه جناية اتصل بها الموت فيصير قتلاً من الأصل ولا يبقى زنا من حيث الاعتبار، كقطع اليد إذا اتصل به، فإنه يصير قتلاً من الأصل، ولا يبقى قطعاً من حيث الحكم والاعتبار عرف ذلك في موضعه، كذا ههنا.

وأبو حنيفة ومحمد قالا: بأنه وجد منه الزنا والقتل، فيجب عليه الحد بسبب الزنا

وضمان القيمة بسبب القتل، كما لو زنا بها ثم حز رقبتها. بيانه: أن ابتداء الفعل ههنا لم يصر قتلاً، لأن الوطء غير موضوع القتل حتى يعتبر ابتداؤه قتلاً بحكم الوضع ولم يتصل الموت بابتدائه حتى يعتبر قتلاً ضرورة اتصال الموت به، وإذا لم يصر ابتداء هذا الفعل قتلاً بقي زنا كافياً لإيجاب الحد، فوجب بابتداء هذا الفعل وصار آخره قتلاً لاتصال الموت به، فوجبت القيمة بآخر هذا الفعل، بخلاف قطع اليد؛ لأن هناك القطع من الابتداء صار قتلاً، لأن القطع سبب الموت؛ لأنه جراحة والجراحة لباب الروح، فإذا حصل الموت صار مضافاً إلى ابتداء القطع فصار القطع قتلاً من ابتدائه، أما هنا بخلافه.

وإذا زنى بامرأة ميتة فلا حد عليه، والأصل فيه ما وري أن بهلول النباش فعل ذلك على عهد رسول الله ﷺ فلم يقم الحد عليه(١). ولكن يجب التعزير؛ لأنه ارتكب فعلاً محرماً وليس فيه حد مقدر شرعاً.

رجل كان مستلقياً على قفاه جاءت امرأة وقعدت عليه حتى قضت حاجتها وجب عليهما الحد، وفي «الأصل»: ولا يؤخذ بحد الزنا ولا بشيء من الحدود، وإن أقر بإشارة أو كناية أو شهد به الشهود عليه.

والذي يجن ويفيق إذا زنى في حال إفاقته أخذ بالحد، وإن قال: زنيت في حال جنوني لا يحد كالبالغ إذا قال زنيت وأنا صبي.

وإذا دخل سرية من المسلمين دار الحرب، فزنى رجل منهم هناك لا يحد، وكذلك العسكر إذا دخل دار الحرب وزنى رجل منهم هناك لا يحد، لأن أمير السرية والعسكر لم يفوض إليهما إقامة الحد، فإن كان الخليفة قد عبر بنفسه، أو أمير مِصْر كان يقيم الحد على أهله عزاً بجنده يقيم الحدود والقصاص في دار الحرب، وهذا إذا زنا بالمعسكر، فأما إذا التحق بأهل الحرب وفعل هناك لا يقام عليه الحد.

الفصل الخامس
في الحد يدخله الشبهة بعد وجوبه ظاهراً، وفي دعوى ما يصير

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: وإذا غصب جارية وزنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعاً، لأن ضمان الغصب يفيد الملك في المضمون من وقت الغصب. وإذا ملك من وقت الغصب ظهر أن ما استوفى من ملك نفسه فلا يجب الحد.

ولو زنى بها ثم غصبها بعد ذلك وضمن قيمتها فعلى قول أبي حنيفة ومحمد لا يسقط الحد، وعلى قياس ما روي عن أبي يوسف في غير رواية الأصول في المسألة التي تلي هذه المسألة يجب أن يسقط الحد ههنا.

وأما إذا زنى بأمة ثم اشتراها ذكر في «ظاهر الرواية» يحد عندهم جميعاً، وروي عن

---

(١) الحديث لم أجده في كتب الحديث التي بين يدي.

أبي يوسف في غير رواية الأصول أنه يسقط الحد، كذا إذا زنى بحرة ثم تزوجها فهو على هذا، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الحدود.

وفي «القدوري»: إذا زنى بأمة ثم اشتراها، أو زنى بحرة ثم تزوجها، فعن أبي حنيفة ثلاث روايات، روي عن محمد عنه أن عليه الحد في ذلك كله وهو قول محمد، وعلل فقال: لأن الشهود شهدوا به أنه قد زنى بها فلا أبالي بوجود الشراء والنكاح من بعد، وفقه هذا التعليل أن المستوفى بالوطء قد ذهب وتلاشى، ولا يتصور ثبوت الملك فيما تلاشى فلا تصير شبهة. وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه لا حد عليه في النكاح إذا تزوجها بعد الزنا ولم يتعرض لفصل الشراء، وقال أبو يوسف: يقام عليه. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال: يجب الحد في النكاح ولا يجب في الشراء.

وإذا زنى بامرأة ثم قال: اشتريتها لا حد عليه سواء كانت حرة أو أمة، أما إذا كانت أمة فلا إشكال؛ لأن شراء الأمة صحيح فقد ادعى دعوى صحيحة، فإن لم يثبت حقيقة ما ادعى بعجزه عن إقامة البينة ثبت شبهة ما ادعى، والشبهة كافية لدرء الحد، ولو كانت حرة فكذلك أيضاً، لأن شراء الحرة كناية عن النكاح، فصار دعوى الشراء في الحرة ودعوى النكاح سواء، ولو ادعى النكاح لا يحد واحد منهما، فكذلك هذا. وهذه المسألة تدل على أن النكاح ينعقد بلفظة الشراء والبيع خلافاً لما يقوله بعض أصحابنا.

وإذا زنى بأمة ثم قال اشتريتها وصاحبها فيها بالخيار، وقال مولاها كذب لم أبعها، قال: لاحدّ عليه؛ لأن البيع بشرط الخيار للبائع في درء الحد بمنزلة البيع، البات ولو ادعى بيعاً باتاً لم يجب عليه الحد و [إن] أنكر صاحب الأمة فكذا إذا ادعى البيع بشرط الخيار، قال: وكذلك لو قال اشتريتها، [٤٢٩ب/ ١] لو أضيف إلى أجل، وذلك لأن البيع الفاسد لا يكون أقل حالاً من بيع فيه الخيار للبائع ولو ادعىٰ بيعاً فيه خيار للبائع كفى لدرء الحد وإن كذبه البائع، فكذا إذا ادعى أنه باعه بيعاً فاسداً بل أولى؛ لأن البيع الذي فيه خيار مما يمنع ملك المشترىٰ بعد القبض وما للبائع من الخيار في البيع الفاسد مما لا يمنع ملك المشتري بعد القبض، والثاني أن الشراء الفاسد في درء الحد كالجائز، ولو ادعى شراءً جائزاً لم يجب عليه الحد، وإن انكر صاحب الأمة فكذا هذا، وإنما كان الشراء الفاسد في درء الحد بمنزلة الجائز لأنه لا يخلو إما أن يطأها بعد قبضها بإذن البائع أو أذن له البائع، فإن قبضها بإذن البائع ثم وطئها فهذا وطء ملك نفسه، ألا ترى لو اعتقها بعد عتقه فشبهة الملك تكفي لدرء الحد فحقيقة الملك وإن كان فاسداً لأن يكفي لدرء الحد أولى، وإن أذن له البائع بقبضها فقبل أن يقبضها وطئها فكذلك أيضاً لا حدّ عليه؛ لأنه كما مسها بقصد الوطء صار قابضاً لها، فصار واطئاً ملك نفسه، وإن وطئها بغير إذن البائع، فلأن الملك إن لم يثبت في المشهور من الرواية، فإن في المشهور من الرواية المقبوض في البيع الفاسد بغير إذن البائع لا يصير مملوكاً للمشتري إلا أن سبب الملك من منعقد، وانعقاد سبب الملك يورث الشبهة.

الفصل السادس
في كيفية إقامة الحد

فنقول: إذا وجب الرجم بالشهادة يجب البداية من الشهود، ثم من الإمام ثم الناس حتى إنه إذا تعذر البداية من الشهود بأن ماتوا أو غابوا أو كانوا حضوراً أو امتنعوا عن الرجم تسقط الإقامة عندنا، وأجمعوا على أن في سائر الحدود سوى الرجم لا يجب البداية لامن الشهود ولا من الإمام، وإمامنا في المسألة علي رضي الله عنه، وإذا كان الشهود مقطوعي الأيدي في الأصل: لا تمتنع الإقامة، بخلاف ما إذا قطعت أيديهم بعد الشهادة، هذه الجملة من «الأصل». وفي «المنتقى»: الحسن في كتاب الاختلاف لا يرجم المشهود عليه بالزنا إلا بحضرة الشهود، فإن حضروا وأبوا أن يرجموا أو رمىٰ بعضهم وأبى البعض درىء عنه الحد.

قال أبو حنيفة وزفر: وإن كان الشهود مرضىٰ لا يستطيعون أن يرموا وقد حضروا رمى القاضي ثم رمىٰ الناس، وإن غاب واحد منهم لم يرجم حتى يحضروا كلهم، وكذلك لو حضروا ورموا إلا واحد منهم يدرأ عنهم الحد، وقال أبو يوسف: يقام عليه الرجم وإن لم يحضر الشهود، وإن حضروا ولم يرجموا رجم الإمام ثم الناس، هذا إذا ثبت الرجم بالشهادة. وإن ثبت الرجم بالإقرار يبدأ الإمام ثم الناس.

وإذا قضى القاضي على رجل بالرجم بشهادة الشهود، وأمر الناس بالرجم وسعهم أن يرجموه وإن لم يعاينوا أداء الشهادة.

وروى ابن سماعة عن محمد هذا إذا كان القاضي فقيهاً عدلاً، أما إذا كان فقيهاً غير عدل، أو كان عدلاً غير فقيه لا يسعهم أن يرجموه حتى يعاينوا أداء الشهادة. أما إذا كان فقيهاً عدلاً فإنما يسعهم الرجم بقوله، لأن بالعدالة وقع الأمن عن إخباره كاذباً، وبالفقه وقع الأمن عن الخطأ فيما قضىٰ به، فوسع للسامع أن يثق بقوله ويرجمه وإن لم يعاين أداء الشهادة. وأما إذا كان عدلاً غير فقيه فالأمن عن الكذب إن وقع في إخباره بسبب العدالة لم يقع الأمن عن الخطأ فيما قضىٰ به؛ لجواز أنه أخلّ بشرط من شرائط القضاء بالرجم، وإذا كان فقيهاً غير عدل إن وقع الأمن عن الخطأ فيما قضى به لم يقع الأمن عن الكذب في إخباره.

ولا يحفر للمرجوم إذا كان .....[1]، ألا ترىٰ أن رسول الله ﷺ لم يحفر لماعز حين رجمه، وأما المرأة قال في «الأصل»: إن حفر لها فحسن، به ورد الأثر عن علي رضي الله عنه وإنه حفر للمرأة الهمدانية حين رجمها إلى قريب من السرة[2]، وإن لم يحفر لها فحسن فإن رسول الله ﷺ لم يأمر أنيساً حين بعثه إلى تلك المرأة أن يحفر إذا

(١) بياض بالأصل.
(٢) أخرجه مسلم في الحدود حديث ١٦٩٥.

اعترفت[١]، والمعنى يدل على أن الأمرين حسن، أما ترك الحفر لما فيه من ترك الاسيثاق للإقامة، وأما الحفر لأن المرأة من فرقها إلى قدمها عورة، فمتى لم يحفر لها ربما تضطرب إذا أصابتها الحجارة فيكشف منها شيء للناس.

وفي «المنتقى»: وقال أبو حنيفة يحفر للمرأة إلى الصدر يعني في الرجم. ويُغسل المرجوم ويكفن ويحنط ويصلى عليه، قال عليه الصلاة والسلام لأهل ماعز «اصنعوا بماعز ما تصنعون بموتاكم»[٢].

وإذا لم يكن الزاني محصناً وجب جلده، فإن كان رجلاً يجلد قائماً وإن كانت امرأة تجلد قاعدة، ورد الأثر عن علي رضي الله عنه. والمعنى فيه: أن الضرب يفرق على الأعضاء لما تبين والضرب قائماً أمكن للتفريق من الضرب قاعداً، لكن تركنا هذا المعنى في حق المرأة وضربناها قاعدة؛ لانها عورة، فمتى ضربت قائمة لا يؤمن أن يبدو شيء من عورتها.

ويجرد الرجل من ثيابه إلا الإزار؛ لأن المقصود من الحد الزجر ولا زجر إلا بالإيلام، وفي التجريد زيادة إيلام، ولا تجرد المرأة؛ لأن المرأة عورة. ويضرب غير ممدود؛ لأن المد زيادة عقوبة وألم لم يشرع في الحدود بيانه أن من هذا الحد. أما مد الجلاد يديه حال رفع السوط حتى يجاوز الرأس كما ذهب إليه بعض المشايخ، أو مد السوط في العضو بعد الضرب كما ذهب إليه بعض المشايخ، أو مدّ المضروب في العقابين كما ذهب إليه بعض المشايخ [٤٣٠أ/ ١]، فإنما ذلك ما كان ففيه زيادة ألم لم يشرع في الحد فلا يجوز الاشتغال به.

ولا يمسك ولا يربط؛ لأن فيه زيادة إيلام إلا أن يعجزهم فيشد وتضرب في الحد الأعضاء إلا الوجه والفرج بلا خلاف، وفي الرأس خلاف، هكذا ذكر في «الكتاب»، ومعناه: أن الضرب لا يجمع في موضع واحد بل يفرق على الاعضاء، به ورد الأثر عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم، والمعنىٰ فيه: أن المقصود من الجلد الزجر دون الإتلاف، والجمع في موضع واحد ربما يؤدي إلى إتلاف الكل أو إتلاف الموضع الذي يقام فيه.

ولا يضرب الوجه والفرج بلا خلاف، به ورد الأثر عن رسول الله ﷺ[٣] وفي الرأس خلاف، قال أبو حنيفة ومحمد: لا يضرب الرأس، وقال أبو يوسف في ضرب الحد يتّقى الفرج والبطن والوجه والصدر. وإذا اثبت الزنا على المرأة وهي حامل، فإنه لا يقام عليها الحد سواء كان الحد جلداً أو كان رجماً، أما إذا كان رجماً فلا إشكال؛ لأن

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.

(٢) أخرجه الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٢١، والدارقطني في سننه ٤/ ٢٦٢، وابن أبي شيبة في المصنف ٣/ ٢٥٤.

(٣) انظر الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٢٤.

في رجمها قتلها وقتل ما في بطنها، والمستحق قتلها لا قتل ما في بطنها، وأما إذا كان الحد جلداً لأن الجلد شرع زاجراً لا متلفاً، ومتى أقيم عليها الجلد وهي حبلى يخاف تلفها أو تلف ولدها لما بها من زيادة ضعف بسبب الحبل أو يخاف تلف ولدها من حيث الإسقاط قبل أوانه، وإنه شرع زاجراً لا متلفاً، فإن وضعت ما في بطنها ينظر إن كان الحد رجماً رجمت كما وضعت؛ لأن المستحق بالرجم إتلافها، وإتلافها في هذه الحالة أولى، هكذا ذكر في «الأصل».

وذكر الخصاف[1] في «أدب القاضي»: أنه إذا كان للولد من يرضعه ويقوم بمصالحة ينتظر فطام الولد، وهكذا روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف. وإن كان الحد جلداً لا يقام عليها ما لم تطهر من نفاسها؛ لأنه يخاف عليها التلف من الإقامه عقيب الولاده لما فيها من زيادة ضعف، فإن طهرت من نفاسها الآن يقام عليها.

والمريض إذا وجب عليه الحد إن كان الحد رجماً يقام عليه في الحال، وإن كان جلداً لا يقام عليه في الحال بل يجلس حتى يبرأ إلا إذا كان مريضاً وقع اليأس عن بُرئه فحينئذ يقام تطهيراً. قال الخصاف في «أدب القاضي»: النفساء في حق إقامة الحد عليها بمنزلة المريضة، والحائض بمنزلة الصحيحة حتى لا ينتظر خروجها عن الحيض.

وإذا قالت المرأة بعد شهادة الشهود عليها بالزنا إني حامل فأراها النساء فقلن ليس بها حبل لم يلتفت إلى قولها، وقال أبو يوسف: إذ أقرّت بالزنا وهي حبلى لم تحبس حتى تضع، وإذا قامت عليها البينة جلست حتى تضع.

الفصل السابع
في القذف

الأصل في هذا أن كل من قذف آخر بفعل يوجب حد الزنا على المقذوف أن لو ظهر ذلك الفعل منه، فإذا لم يظهر ذلك منه بقول القاذف، فإنه يجب على القاذف الحد وذلك ثمانون جلدة إن كان القاذف حراً وأربعون جلدة إن كان القاذف عبداً بعد أن يكون القاذف من أهل العقوبة، وإن لم يكن القاذف من أهل العقوبة كالصبي والمجنون فلا حدّ عليه، وكل من قذف آخر بفعل لا يوجب على المقذوف حد الزنا أن لو ظهر ذلك الفعل منه، فإذا لم يظهر ذلك الفعل بقول القاذف لا يجب الحد على القاذف.

---

(١) الخصاف: هو أحمد بن عمر بن مهير الشيباني، أبو بكر البغدادي، المعروف بالخصاف الحنفي، توفي سنة ٢٦١هـ، له من التصانيف: «أحكام الوقف»، «أدب القاضي»، «الحيل الشرعية»، «كتاب الإقالة»، «كتاب إقرار الورثة بعضهم لبعض»، «كتاب الخراج»، «كتاب الخصال»، «كتاب ذرع الكعبة»، «كتاب الرضاع»، «كتاب الشروط الصغير»، «كتاب الشروط الكبير»، «كتاب العصير وأحكامه»، «كتاب المحاضر والسجلات»، «كتاب النفقات»، «كتاب الوصايا»، (كشف الظنون ٥/ ٤٩، سير أعلام النبلاء ١٣/ ١٢٣).

وطريق إقامة هذا الحد ما في جلد الزنا إلا أن في القذف يحد وعليه ثيابه لأنه أخف الضربات على ما يأتي بيانه بعد هذا، وفي إبقاء الثياب زيادة تخفيف إلا أنه ينزع عنه الفرو والحشو؛ لأن ذلك يمنع وصول أصل الألم إليه فلا يحصل ما هو المقصود وهو الزجر، وإنما يجب الحد على القاذف بالعد، وإذا كان المقذوف محصناً قال الله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] والمراد من الرمي المذكور في الآية الرمي بالزنا دون الرمي بغيره من المعاصي بإجماع العلماء.

وشرائط هذا الإحصان خمسة: الحرية والإسلام والعقل والبلوغ والعفّة عن الزنا، حتى إنّ من زنى ثم قذفه إنسان بالزنا فلا حدّ على قاذفه، وكما يزول الإحصان بالزنا من كل وجه يزول بالزنا من وجه، وكل وطء حرم بعدم ملك المتعة من كل وجه فهو زنا من كل وجه، وذلك كالوطء في الأجنبية، وكل وطء حرم بعدم قيام ملك المتعة من كل وجه لعارض كوطء المرأة في حالة الحيض لا يزول به الإحصان، لأنه ليس بزنا، لا من وجه ولا من كل وجه، وإنما يساوي الزنا من وجه الزنا من كل وجه في حق سقوط الإحصان؛ لأن حدّ القذف عقوبة تسقط بالشبهة، فيصير الزنا من وجهٍ شبهة مانعة وجوب حد الزنا.

وإذا وطىء أمته المجوسية لا يزول إحصانه؛ لأن الوطء حرّم قيام ملك المتعة من كل وجه لعارض أمر وهو التمجس لا لزوال شيء من ملك المتعة.

بيانه: أن سبب ملك المتعة قد ثبت فيها على الصحة والسبب هو ملك الرقبة، لأن ملك الرقبة سبب لملك المتعة وقد ثبت فيها على الصحة، وسبب ملك المتعة متىٰ ثبت في المرأة على الصحة فإنما يمتنع ثبوت ملك المتعة في المرأة إذا خرجت من أن تكون محلاً لملك المتعة، والمرأة إنما تخرج من أن تكون محلاً لملك المتعة إما بحرمة مؤبدة ثبتت بدليل يوجب العلم كما في حرمة الرضاع والنسب والمصاهرة الثابتة بالوطء أو النكاح أو بالطلقات الثلاث أو بنكاح الغير، فإن الله تعالى عد المحصنات من المحرمات. أو بالعدة من الغير فإن العدة ملحقة بالنكاح [٤٣٠ب/١] وإنها أثر في آثار النكاح، ولم يوجد شيء من هذه الأسباب في حق المجوسية إنما الثابت في حقها النهي عن النكاح بقوله ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ﴾ [البقرة: ٢٢١] فقد نهانا عن النكاح على المشركة، والنهي عنه التصرف قد يرد لفوات شرط من شرائط الجواز، كالنهي عن النكاح بغير شهود، والنهي عن البيع بشرط فاسد.

وقد يرد لفوات المحل كالنهي عن بيع الحر إلا أن الأصل أن يحمل النهي على فوات شرط من شرائط الجواز لا على فوات المحل، كالنهي عن صوم يوم النحر؛ لأنه إنما ينهى عما يتكون لا عما لا يتكون، ولو حمل النهي على فوات المحل لا على فوات الشرط لا يبقىٰ المنهي عنه متكوناً، والنهي لا يرد عما لا يتكون، وإذا كان النهي لفوات شرط من شرائط الجواز لا لفوات المحل كان المحل قائماً من كل وجه، فصح ما ادعينا أن سبب ملك المتعة قد ثبت فيها بوصف الصحة، وسبب ملك المتعة إذا ثبت في المرأة بوصف الصحة يثبت ملك المتعة من كل وجه، فإنما حرم الوطء بعارض التمجس، فصار نظير الحرمة الثابتة بالحيض.

ولو اشترى أمةً وطئها أبوه أو وطيء هو أمها ووطئها، فقذفه إنسان فلا حد على القاذف بالإجماع؛ لأن حرمة المصاهرة بهذا السبب ثابتة بدليل يوجب العمل والعلم، وهو الكتاب والإجماع، فكانت ثابتة عملاً وعلماً فلا يكون ملك المتعة ثابتاً من كل وجه عملاً وعلماً وإن صح السبب وهو ملك الرقبة. وهذا لما ذكرنا أن المرأة صارت محلاً لملك المتعة بالحل والأنوثة، فإذا زال الحل من كل وجه وبقيت الأنوثة فقد زالت المحلية من وجه فيثبت ملك المتعة إذا وجد سببه من وجه، ولا يثبت من وجه. والوطء إذا حرم لعدم ملك المتعة من وجه كان زنا من وجه وإنه يوجب زوال الإحصان.

ولو اشترى أمةً لمس أمها أو ابنتها بشهوة، أو نظر إلى فرج أمها أو ابنتها بشهوة أو نظر أبوه أو ابنه إلى فرجها بشهوة ووطئها؛ قال أبو حنيفة: لا يزول إحصانه ويحد قاذفه، وقال أبو يوسف ومحمد: زال إحصانه ولا يحد قاذفه، وكذلك على هذا الخلاف إذا تزوّج امرأة هي بهذه الحالة ووطئها، فوجه قولهما: أن هذا وطء حرام لعدم ملك المتعة من وجه فيوجب زوال الإحصان قياساً على ما إذا اشترىٰ أخته من الرضاعة ووطئها وقياساً على ما لو اشترى أمة وطئها أبوه أو ابنه وطئاً حراماً ووطئها، وقياساً على زوج الأمة إذا اشتراها بعدما طلقها ثنتين ثم وطئها، وقياساً على ما إذا تزوّج امرأة بغير شهود أو في عدة الغير فوطئها.

وإنما قلنا: إن الوطء حرم لعدم ملك المتعة من وجه؛ لأن الحل يحرم المصاهرة الثابتة بالمس، والوطء زال على التأبيد وبعد زوال الحل على التأبيد لا تبقىٰ المرأة محلاً لملك المتعة من وجه وإن بقيت محلاً من وجه لقيام الأنوثه، فثبت ملك المتعة من وجه ولا يثبت من وجه.

وأما أبو حنيفة ذهب في ذلك إلى أن هذا وطء حصل عقيب عقدٍ اختلف العلماء في جوازه وفساده، ولم يرجع واحد منهم إلى دليل يوجب العلم من نصٍ أو خبرٍ متواترٍ أو مشهور أو إجماع، وإنما رجعوا إلى ضرب اجتهاد ورأي أو خبر الواحد، والوطء الحاصل عقيب. . .[1] مثل هذا العقد لا يوجب زوال الإحصان كما لو تزوج أمة في عدة الحرة، فإنه لا يزول إحصانه، وإنما لا يزول لأن هذا وطء حصل عقيب عقدٍ اختلف العلماء في جوازه وفساده فعند أبي حنيفة لا يجوز، وعندهما يجوز.

والفقه في ذلك: أن حرمة المصاهرة بالنظر والمس غير ثابتة بدليل يوجب العلم من كتاب أو خبر متواتر أو مشهور أو إجماع، وإنما ثبت بالخبر الواحد أو القياس، والخبر الواحد حجة في حق العمل وليس بحجة في حق العلم، والقياس كذلك، فيكون حرمه المصاهرة بالمس والنظر ثابتة في حق العمل لا في حق العلم، وملك المتعة في المرأة إنما ينتفي بعد وجود سببها فيها بسبب الحرمة. فإذا كانت الحرمة ثابتة في حق العمل لا في حق العلم ينتفي ملك المتعة في حق العمل لا في حق العلم، والوطء الحاصل مع قيام

---

(١) بياض بالأصل.

الملك في حق العلم دون العمل، وهو الاستيفاء مما لا يزول بالإحصان كما في الأمة المجوسية، وكما في المرأة الحائض ملك المتعة ثابت في حق العلم. فإنا علمنا بثبوت ملك المتعة فيها غير ثابت في حق العمل؛ لأن الاستيفاء حرام، ثم وطء امرأته الحائض ووطء أمته المجوسية لا يوجب زوال الإحصان فكذا وطء هذه.

وأما إذا اشترىٰ أخته من الرضاعة فلأن هناك الحرمة ثبتت بدليل يوجب العلم وهو الكتاب والإجماع، فيكون المحل من وجه ثابتاً في حق العمل والعلم فلا يثبت مللك المتعة من وجهه في حق العمل والعلم جميعاً وإن وجد سببه، والوطء الحاصل في حال عدم ملك المتعة من وجه عملاً وعلماً يوجب زوال الإحصان، لأنه يكون زنا من وجه، أما ههنا بخلافه على ما ذكرنا، وليس كما لو تزوج بغير شهود ووطئها فإنه يزول إحصانه، وإن اختلف العلماء في جواز هذا العقد، فإن مالكاً يجوز هذا العقد؛ لأن من يقول بفساده يرجع إلى نص يوجب العلم، وهو قوله عليه السلام «لا نكاح إلا بشهود»(١) وإنه مشهور يوجب العلم كالمتواتر فلم يصح النكاح في حقنا عملاً وعلماً، فلا يثبت به ملك المتعة في حقنا عملاً وعلماً، وإن كان المحل قائماً؛ لأن الحكم في الحل إنما يثبت إذا صح سببه.

وأما إذا اشترى امرأته المطلقة كل طلاقها فلأن الحل ههنا ثابت [١٤٣١أ/ ١] بالنص والإجماع، وكل ذلك يوجب العلم وفوات المحلية إذا كان بدليل يوجب العلم ملك المتعة فيه يثبت من وجه ولا يثبت من وجه عملاً وعلماً والمعتدة كذلك؛ لأنها في حكم المنكوحة وحكم المنكوحة ثابت بالنص والإجماع، فيكون المحلية من وجه فائتة عملاً وعلماً.

وإذا قال لامرأته: أنت بائن فنوى الثلاث ثم تزوجها، قلنا: قول عمر رضي الله عنه في هذه المسألة صار متروكاً بالإجماع، والإجماع يوجب علم اليقين كالنص، وكان بمنزلة ما لو بلغ قول عمر رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ فرده وقرر قول علي رضي الله عنه، ولو كان كذلك كان الثابت بقول علي ثابتاً علماً وعملاً، فكذا إذا ثبت بالإجماع إلا أنه لا يجب الحد لأن هذا الإجماع ليس بحجة عند بعض العلماء، فكان في الرتبة دون الإجماع الذي هو حجة بالاتفاق فيبقى نوع شبهة، فتكفي لدرء الحد ولا تكفي لبقاء الإحصان.

وأما إذا طلق امرأته طلاقاً بائناً، قلنا: قول من قال بأن النكاح يزول بالطلاق البائن يعتمد في ذلك إجماعاً؛ لأنه يقول الإجماع انعقد بين الفقهاء أن خيار الرجعة عقيب صريح الطلاق ثابت بخلاف القياس، فإن القياس يقتضي أن يكون الطلاق مزيلاً بنفسه كالعتاق كما قبل الدخول، وإنما ثبت خيار الرجعة نصّاً بخلاف القياس، والنص إنما ورد في مطلق الطلاق، فلا يجعل وارداً في الطلاق الموصوف بالبينونة وهو في الإبانة فوق

---

(١) أخرجه بهذا اللفظ الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٦٧.

المطلق، وإذا لم يعتبر النص وارداً فيه دلالة بقي هذا في إيجاب القطع داخلاً تحت الإجماع، والإجماع يوجب العمل والعلم.

وإذا تزوج امرأة نكاحاً فاسداً ووطئها يسقط إحصانه، بخلاف ما إذا اشترى جارية شراءً فاسداً ووطئها فإنه لا يسقط إحصانه، والفرق: أن سبب ملك المتعة في الأمة ملك الرقبة وقد ثبت ملك الرقبة بالشراء والقبض حقيقة في حق الأحكام التي تتأدّى مع حرمة الملك، فإنه بقيت في حق العتق لأنه حكم يتأدى مع الحرمة، وإنما لم يثبت في حق الانتفاع واستيفاء الوطء الذي لا يتأدّى مع الحرمة، فثبت ملك المتعة وهو حكم ملك الرقبة في حق حكم يتأدّىٰ مع حرمة الوطء وأن لا يكون الوطء مزيلاً لإحصانه حكم يثبت مع حرمة الوطء، كما في الأمة المجوسية والمرأة الحائض فيثبت ملك المتعة في حقّه بسبب ملك الرقبة، وإذا ثبت ملك المتعة في حق أن لا يصير الوطء باقياً من كل وجه كان الوطء حاصلاً مع قيام ملك المتعة، وإنما حرم الاستيفاء لا غير، فأما في النكاح الفاسد بالقبض يكون بالوطء، فقبل أن يتمّ الوطء يكون ما وجد قبل تمام القبض وقبل تمام القبض لا ملك في العقد الفاسد فيكون زناً.

فإن قيل: لماذا يثبت النسب، والنسب لا يثبت إلا بعد ثبوت الملك حالة الوطء؟ قلنا: ثبوت النسب يعتبر الملك ثابتاً بعد القبض كما هو الأصل في العقود الفاسدة أن يثبت الملك فيها بعد تمام القبض لا قبله فيكون الوطء حاصلاً في غير الملك من وجه. فيكون زناً من وجه.

وطيء مكاتبته، لا يسقط إحصانه حتى يحد قاذفُهُ، ذكر المسألة في «الجامع الصغير» من غير ذكر خلاف، وذكر في «الأصل» أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يسقط إحصانه، وعلى قول محمد وزفر يسقط.

مجوسي تزوّج بأمة ووطئها ثم أسلم فقذفه إنسان فلا حد على قاذفه عند أبي يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: عليه الحد، وهذا بناءً على أن لهذه الأنكحة حكم الصحة عند أبي حنيفة فيما بينهم على الإطلاق، ولهذا قال بوجوب النفقة فيها، وقال: إذا طلب أحدهما التفريق من القاضي، فالقاضي لا يفرق بينهما، وإذا كان لهذه الأنكحة حكم الصحة فيما بينهم عند أبي حنيفة على الإطلاق فبالوطء فيه لا يسقط إحصانهُ.

وإذا مات المكاتب وترك وفاء، وأديت مكاتبته وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وقسم الباقي بين ورثته الأحرار ثم قذفه رجل لا حدّ عليه؛ لأن الصحابة اختلفوا في موته حراً أو عبداً، قال علي وعبد الله بن مسعود: يموت حراً، وقال زيد: يموت عبداً. نحن وإن لم نقل بقول زيد فقوله يورث شبهة موته عبداً، وكان في إحصانه شبهة ومع الشبهة في الإحصان لا يمكنه إيجاب الحدّ على القاذف.

وإذا قذف غلاماً مراهقاً فادعىٰ الغلام البلوغ بالسن لا بالاحتلام لم يحد القاذف بقوله، ذكره في «المنتقى». وفيه أيضاً: إذا قذف الملاعنة فعليه الحدّ، كذا قاله، أبو

يوسف، وفي «نوادر بشر بن الوليد» عن أبي يوسف: رجل لاعن امرأته بولد ومات الولد فقذفها رجل حُدّ قاذفها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال أبو يوسف بعد ذلك لا حدّ على قاذفها.

وفي «المنتقى»: تزوج خامسة بعد الأربع ووطئها فلا حدّ على قاذفها، ولو وطىء المسلم جاريته المرتدة حُدّ قاذفها، ولو قذف مجنونة مطبعاً فلا حد عليه، وإن أفاقت بعد ذلك لم تأخذه بالحد، وإن قذف امرأة تجن وتفيق قذفها في حال جنونها أو في حال إفاقتها يحد. ولو تزوج أمة على حرة فإني أحد قاذفه هكذا ذكر في «المنتقىٰ» عن أبي يوسف، قال الحاكم أبو الفضل: هذا خلاف ما في «الأصل»، قال ثمة: كل شيء اختلف فيه الفقهاء حرّمه بعضهم وأحله بعضهم فإني أحد قاذفه.

وفيه أيضاً: لو وطىء أمته في عدة من زوج لها فإني أحد قاذفه؛ لأن ملكه في أمته صحيح، قال: ولم يرو في هذا عن أبي حنيفة، ولا في رجل وطىء جارية ابنه فأحبلها أو لم يحبلها إنه يحد قاذفه ولكنه قياس قوله، ولو تزوج امرأة في عدتها فوطئها فلا حدّ على [٤٣١ب/ ١] قاذفه، قال: وهذا كله قياس قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: إذا تزوج امرأة وهو يعلم أن لها زوجاً أو هي في عدة من زوج أو امرأة ذات رحم محرم منه، وهو يعلم فلا حدّ على قاذفه، فإذا أتى شيئاً من ذلك بغير علمه فإني أحد قاذفه، وقال أبو يوسف في الرجل يتزوج المرأة في عدتها وهو يعلم أنه لم تنقضِ عدتها ويدخل بها فإني أحد قاذفه، وقال: كل من درأت الحد عنه وجعلت عليه المهر وأُثبت نسب الولد منه فإني أحد قاذفه.

وكذلك لو تزوج أمة رجل بغير إذنه ودخل بها، فإني أحد قاذفه، وفي «نوادر هشام» عن محمد: رجل تزوج امرأة في عدتها وهو لا يعلم فزنى بها فعلى قاذفه الحد، قال: سمعته يقول في رجل طلق امرأته طلاقاً بائناً، فكتمها وجعل يطؤها، فقذفها إنسان فعلى قاذفها الحد وقد مرّ قبل هذا بخلافه.

وعنه: إذا اشترى أمة ثم استبان أنها أخته حد قاذفه. وعن ابن سماعة في «الرقيات»: أنه كتب إلى محمد رحمه الله في أربعة شهدوا على أنه زنىٰ بفلانة بنت فلان الفلانية لامرأة معروفة سموها ووصفوا الزنا وأثبتوه والمرأة غائبة فرجم الرجل، ثم إن رجلاً قذف تلك المرأة فخاصمتهُ إلى القاضي الذي قضىٰ على الرجل بالرجم؛ قال محمد رحمه الله: القياس أن يحد قاذفها؛ لأن القاضي إنما قضىٰ على الرجل لكني أستحسن أن لا أحدّ قاذفها. هذا هو الكلام في بيان ما يسقط به إحصان القذف ومالا يسقط.

جئنا إلى الألفاظ التي توجب الحدّ والتي لا يقع موجباً للحد، قال محمد رحمه الله: وإن قال الرجل لامرأته: قد زنيت وأنت مكرهة أو أنت صغيرة فلا حدّ عليه لأن زنا الصغيرة والمكرهة إن كانت مكرهة زنا من حيث الحقيقة، وليس بزنا من حيث الحكم، ألا ترىٰ أنهما لا يأثمان بذلك ولا يجب عليهما بذلك حدّ، فالقذف حصل بما هو زنا من وجه دون وجه، فيجب الحد من وجهٍ ولا يجب من وجهٍ، وكذلك إذا قال لها: وطئك

فلان وطئاً حراماً أو جامعك فلان جماعاً حراماً لا يجب الحد، لأنه قد يطؤها وطئاً حراماً ولا يكون زناً بأن في حالة الحيض أو في النكاح الفاسد.

وكذلك لو قال لها: زنيت قبل أن تخلقي، أو قال: قبل أن تولدي؛ لأنه قذفها بزنا لا يتصور منها، فيكون نفياً من الأصل وكذلك إذا قال لها: زنيت بيدك أو برجلك؛ لأن الزنا باليد والرجل من حيث المجاز وليس بزنا على الحقيقة الزنا من حيث الحقيقة ما يكون بالفرج ولم يقذفها.

وإذا قال لغيره: يا ولد الزنا يحدُّ القاذف وإن كانت أمه محصنة؛ لأنه صار قاذفاً لأمه بصريح الزنا. وفي «المنتقى» رواية الحسن عن أبي حنيفة في قوله يا ولد الزنا إن هذا ليس بقذف ولا حد، وفي «المنتقىٰ» أيضاً رواية مجهولة: إذا قال يا ولد زانية حدّ وفيه أيضاً: إذا قال لغيره: أنت من فلان الحجام نسبه إلى غير أبيه فهذا قذف.

وفي «الأصل»: إذا قال له أنت ابن فلان لغير أبيه إن قال هذا في حالة الغضب والسباب فهذا فذف، وإن كان في حالة الرضا فليس بقذف؛ لأن هذا الكلام وإن كان حقيقة للنسبة إلى فلان فيكون نفياً عن أبيه إلا أنه كثر استعمال الناس هذا الكلام في حالة الرضا على سبيل التشبيه بفلان من حيث السيرة والأخلاق فلا يصير قاذفاً بالشك، فأما في حالة الغضب والسباب لا يراد به التشبيه بفلان من حيث الأخلاق، وإنما يراد به النسبة إلى فلان من حيث الحقيقة يعني أنك مخلوق من ماء فلان لا من ماء أبيك، لأن الولد الواحد لا يكون من اثنين، فيكون هذا نفياً عن أبيه كأنه قال لست لأبيك ويصير هناك قاذفاً، ولو قال: أنت ابن فلان ونسبه إلى جده لا يصير قاذفاً ولا حد عليه، كذلك لو نسبه إلى زوج أمه فلا حدّ عليه.

وفي «المنتقى» إذا قال لغيره: لست من ولد فلان فهذا قذف بمنزلة قوله: لست من بني فلان لست بابن فلان يعني أباه، وكذلك ابن فلان يعني زوج أمه فهو ليس بقاذف، لأنه لا يكون قاذفاً لأمه بزوجها.

وفيه أيضاً: إذا قال لغيره: لست لأب لست لأبيك لم يلدك أبوك فهذا كله قذف لأمه، وكذلك إذا قال لست للسرسرة وروى ابن سماعة عن محمد إذا قال له: ما ولدك فلان، قال لا أجده وهذا شبههُ، فإنه يقول لم يلدك فلان ولادة النساء.

وفي «شرح الجامع الصغير» إذا قال لغيره: لست بابن فلان لأبيه الذي يدعي إليه، وإن قال ذلك في حالة الغضب فعليه الحد، وإن قال في غير حالة الغضب فلا حدّ عليه، لأنّ هذا الكلام في الحقيقة قذف لأنه نفىٰ نسبتهُ إلى أبيه، ونفي نسب الإنسان من الأب نسبة أمه إلى الزنا؛ لأن الولد إذا لم يكن ثابت النسب يكون ولد الزنا، فصار النفي عن أبيه بمنزلة قوله: إنك ولد الزنا.

ولو قال: إنك ولد الزنا يصير قاذفاً لأمه كذا ههنا، فهو معنى أن هذا الكلام حقيقته للقذف إلا أنّ في غير حالة الغضب قد يراد به المعاتبة والملامة دون القذف معناه لا يشبه إياك في المروءة في محاسن الأخلاق، فلا يصير قاذفاً ولا يجب الحد مع الشك في حالة

الغضب لا يراد به المعاتبة والملامة فبقيت العبرة للحقيقة وإنه قذف حقيقة.

ولو قال: لست بابن فلان يعني جده ذكر في «الأصل» أنه لا حدّ عليه؛ لأنه صادق من حيث الحقيقة فإنه ابن أبيه من حيث الحقيقة لصلبه لا ابن جده.

ولو قال: لست لفلان ولا لفلانة قال ذلك لأبيه ولأمه الذي يدعىٰ إليهما، فإنه لا يصير قاذفاً لأمه، بخلاف ما إذا قال: لست لفلان ولم يقل ولا لفلانة، فإنه يصير قاذفاً لأمه، والفرق: [٤٣٢أ/ ١] أنه إذا قال: ولا لفلانة فقد نفاه عن أمه، وإنما ينتفي عن أمه إذ لم تلده أمه فكان هذا نفياً منه لولادة الأم ونفي الولادة نفي للوطء وفي نفي الوطء نفي الزنا، فأمّا إذا لم يقل ولا لفلانة، فإنما نفاه عن أبيه لا غير ونفيه عنه بمنزلة قوله: أنت ولد الزنا وولادة الولد ثابتة من أمه، فكأنه قال لأمه: ولدته عن الزنا فصير قاذفاً لأمه.

وإذا قال لامرأة: زنيت ببعير أو ثور أو بحمار فلا حدّ عليه؛ لأن هذا الكلام محتمل يحتمل أنّه أراد به فعل بك الحمار والبعير ما يفعل الرجل بالمرأة، وعلى هذا التقدير لا يكون قذفاً بالزنا، ويحتمل أنه أراد بذلك أنك زنيت بالرجل وبذل لك هذا أجرة لك، وعلى هذا التقدير يكون قاذفاً لها بالزنا عندهما سواء شرط ذلك وقت الفعل أو بعد الفعل وعند أبي حنيفة رضي الله عنه بعد الفعل فلا يصير بالشك.

وهذا بخلاف ما لو قال لها: زنيت بناقةٍ أو بقرةٍ أو بثوب أو بدرهم أو دنانير حيث يحد لأنه لا يحتمل إلا وجهاً واحداً وهو أنك زنيت برجل وبذل لك هذا أجرة لك، فكأنّه صرح بذلك وهناك يصير قاذفاً لها بالزنا كذا ههنا.

ولو قال لرجل: زنيت ببعير أو ناقةٍ لا يجب الحد عليه، لأن هذا الكلام في حق الرجل محتمل ما لا يكون قذفاً؛ لأنه يحتمل فعلت بالناقة ما يفعل الرجل بالمرأة فعلت في دبر البعير ما يفعل الرجل بالمرأة فلا يكون قذفاً بالشك.

ولو قال لرجل: زنيت بأمة أو دار أو ثوب فهو قاذف ويلزمه الحد، أما في الأمة فلأنه يحتمل فعلت بالأمة ما هو زناً، ويحتمل زنيت بحُرّةٍ وبذلت هذه الأمة أجرة لك وأي ذلك ما كان يكون قذفاً، وأما في الدار والثوب فلأنه لا يحتمل إلا وجهاً واحداً وهو وجه البدل، ولو صرح به يكون قذفاً كذا ههنا.

إذا قال لرجل: يا زاني، فقال: لا، بل أنت يحدان جميعاً لأن كل واحد منهما قذف صاحبه بالزنىٰ، لأن قوله: لا، بل أنت معناه: لا بل أنت زان، لأن كلمة بل وضعت لاستدراك الغلط وإقامة الثاني مقام الأول فيما جرىٰ ذكره، فيكون خبر الأول خبراً له، كما في قوله جاءني زيد لا بل عمرو فكأنه قال: غلطت لا؛ بل أنت الزاني فيكون كل واحد منهما قاذفاً لصاحبه فيُحدّ كل واحد منهما لصاحبه.

وإذا قال لرجل: يا زانية القياس أن يصير قاذفاً فيحد، وبه أخذ محمد والشافعي رحمهما الله، وفي الاستحسان لا يحدّ ولا يصير قاذفاً، وبه أخذ أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله، وأجمعوا على أنه إذا قال للمرأة: يا زاني من غير هاء إنه يحدّ. أما إذا قال للمرأة: يا زاني فإنما وجب الحد لأنه بغير هاء يذكر نصاً للرجل ويذكر نصاً للمرأة على

سبيل الترخيم، كما يقال: يا صاح لصاحب، وكما يقال يا حار لحارث فيحمل على الترخيم ولا يحمل على التذكير؛ لأن في حمله على التذكير إلغاء الكلام؛ لأنه يصير قاذفاً لها بالزنا الرجل، وزنا الرجل لا يتصور بزنا من المرأة فيكون لاغياً في كلامه، كما لو قال لها زنيت زنا الرجل، وإذا حمل على الترخيم صار كأنه قال لها يا زانية، وأما إذا قال للرجل: يا زانية إنما لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الهاء كما تلحق باسم المؤنث للتأنيث تلحق باسم المذكر للمبالغة، وتعذر الحمل على التأنيث ههنا لأن في حمله على التأنيث إلغاؤه؛ لأنه يصير قاذفاً له بزنا المرأة، وزنا المرأة من الرجل لا يتصور فيصير لاغياً في كلامه فيحمل على المبالغة، وحرف الهاء إذا ألحق باسم المذكور يراد به المبالغة أما في الفعل المقرون بالهاء كما يقال: قتالة أي كثير القتل أو في العلم بالفعل المقرون بالهاء، كما يقال فلان نسّابة أي أعلم الناس بانتساب الناس غير أنه كثر لاستعمال للمبالغة في العلم بالفعل المقرون بالهاء كما في قوله نسابة وحسّابة يراد به كونه أعلم الناس بانتساب الناس وبالحساب ولا يراد به أكثر بفعل الانتساب وبفعل الحساب ولما أكثر استعماله للمبالغة في العلم بالفعل المقرون وجب الحمل عليه لما عرف أن اللفظ يحمل على ماكثر استعماله، وإذا حمل عليه صار كأنّه قال: أنت أعلم الناس بفعل، وهناك لا يصير قاذفاً ولا يلزمه الحد كذا ههنا، أو نقول لما: احتمل كلا الوجهين حُمل على المبالغة في العلم احتيالاً لدرء الحد.

وإذ قال الرجل لغيره: زنى فرجك فعليه الحدّ؛ لأنه أراد به حقيقة الفرج فقد وصف فرجه بالزنا وإنما كما وصف؛ لأن حقيقة الزنا إنما يكون بالفرج، وإن عنى به نفسه فقد وصف نفسه بالزنا وأي ذلك ما أراد كان عليه الحدّ. وفي «المنتقىٰ» بخلاف هذا، فقد ذكر في «المنتقىٰ» إذا قال لامرأةٍ: يا زانية فقالت: زنى فرجك فلا حدّ عليها، إذا قال الرجل: زنيت وفلان معك يصير قاذفاً لفلان؛ لأن تقدير كلامه وفلان معك زنى، فإن قال: عنيت وفلان معك شاهد لا يصدّق، هكذا ذكر في «الأصل».

وفي «المنتقىٰ» إذا قال لامرأةٍ: يا زانية، فقالت: زنيت معك فلا حدّ على واحد منهما؛ لأن قولها: زنيت تصديق في القذف فيسقط موجب قذفه بتصديقها، وقولها محتمل يحتمل أن يكون معناه: وأنت شاهد فلا يكون قذفاً مع الاحتمال بخلاف قوله زنيت بك، وهكذا ذكره الكرخي في «كتابه».

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف إذا قال الرجل لامرأةٍ: يا زانية، فقالت: زنيت معك حدت المرأة للرجل؛ لأن هذا قذف منها؛ لأن معناه زنيت أنا معك، قال البقالي: والأول أصح، وفي «نوادر ابن سماعه» عن أبي يوسف أيضاً: إذا قال الرجل لآخر: يا ابن الزانية وهذا معك، قال ذلك بكلام واحد فهو ليس بقاذف للثاني؛ لأنه لم يكن قذف الأول إنما كان قذف أمّه.

ولو قال لرجل: يا زاني وهذا معك كان قاذفاً لهما، قال: ألا ترى أنه لو [٤٣٢ب/ ١] قال: لفلان عليّ ألف درهم وهذا معه إن لهما جميعاً عليه ألف درهم. ولو

قال: يا ابن الزانية وهذا معها فهو قاذف للثاني، وكذلك إذا قال للثاني: وأمك معها، قال: وروي عنه إذا قال لآخر يا ابن الزانية وهذا ولم يقل معك فهو قاذف للثاني، وفي كتاب الاختلاف روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة إذا قال لغيره: أنت أزنى الناس، أنت أزنىٰ من الزناة، أنت ازنى من فلان الزاني أنت أزنى من فلان، أنت أزنى مني فعليه الحد، وقال أبو يوسف: كذلك في الثلاث الأُول وفي الرابع والخامس قال: لا يحد الحد.

وفي «المنتقىٰ»: إذا قال لغيره جدك زان فلا حدّ عليه قال: لأني لا أدري أي جد هو، ولو قال: أنت ابن ألف زانية فإنه يحد ويقع على الأقرب منهن.

وفي «المنتقىٰ» أبو سليمان عن محمد إذا قال زنيت بفلانة وهي حرّة مسلمة فمضىٰ على ذلك ولم يرجع فطلبت بحدها ضرب لها الحد ثمانين بقذفه إياها ولا يحد هو حد الزنا؛ لأنه حكم بكذبه حين ضرب حد القذف.

وإذا قال لغيره: زناء في الجبل وقال عنيت به الصعود على الجبل لا يُصدق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعليه الحد، وقال محمد والشافعي: يُصدق، ولو قال: زنيت في الجبل فعليه في قولهم جميعاً؛ لأن بغير الهمز لا يحتمل إلا الزنا من حيث الحقيقة، ولو قال لغيره: يا زانىء مع الهمز، ذكر في «الأصل» أنه إذا قال عنيت به الصعود على شيء إنه لا يصدق ويحد من غير ذكر خلاف، لأنه نوىٰ ما لا يحتمله لفظه، لأن هذه الكلمة مع الهمز إنما يراد به الصعود إذا ذكر مقروناً بمحل الصعود يقال: زانىء الجبل وزانىء السطح، أما غير مقرون بمحل الصعود لا يراد به الصعود وإنما يراد الزنا؛ لأن العرب قد تهمز اللين وقد تلين المهموز، فقد نوىٰ ما لا يحتمله لفظهُ فلا يصدق.

وإذا قال لامرأته: يا زانية، فقالت: لا، بل أنت حدت المرأة ولا لعان بينهما؛ لأن كل واحد منهما قذف صاحبه، وقذف المرأة زوجها يوجب الحد، وقذف الرجل امرأته يوجب اللعان إلا أنه لا بد من تقديم أحدهما على الآخر، فلو قدمنا الحد على المرأة يبطل اللعان؛ لأن اللعان لا يجري بين الزوجين إذا كان أحدهما محدوداً في القذف عندنا على ما عرف، ولو قدمنا اللعان لا يسقط الحد عن المرأة؛ لأن حدَّ القذف يقام على الملاعن، والأصل أنه متى وجب حدّان وفي البداية بأحدهما إسقاط الآخر، تجب البداية به، لأن الحدود يحتال لدرئها.

ولو قال لأجنبية: يا زانية، فقالت: زنيت بك لا يحدُّ الرجل وتُحد المرأة؛ لأن الرجل قذفها بالزنا والمرأة صدقته في ذلك حيث، قالت: زينب بك، والمقذوف متى صدق القاذف فيما رماها لا يكون على القاذف حد، وتحد المرأة لأن المرأة قذفت الرجل بالزنا لما قالت زنيت بك ولم يوجد من الرجل تصديق.

ولو قال لامرأته: يا زانية، فقالت المرأة: زنيت بك فلا حدّ ولا لعان، أما لا حد على الرجل ولا لعان وإن قذف امرأته بالزنا؛ لأن المرأة صدقته من وجه لما قالت: زنيت بك؛ لأن قولها زنيت بك يحتمل أنها أرادت به قبل النكاح، فيكون تصديقاً ويحتمل حال

قيام النكاح فلا يكون تصديقاً، لأن المرأة لا تكون زانية بزوجها فيثبت التصديق من وجه دون وجه فلا يجب على الرجل حد ولعان، وكذلك لا حد على المرأة، وكان ينبغي أن يجب عليها الحد لأنها قذفت زوجها بالزنا ولم يوجد من الزوج تصديق، والجواب أن قولها زنيت محتمل بين أن يكون قذفاً إن أرادت به قبل النكاح، وبين أن لا يكون قذفاً إن أرادت بعد النكاح، لأن المرأة لا تزني بزوجها فيكون قذفاً من وجه دون وجه، فلا يجب عليها الحد مع الاحتمال.

ولو قالت المرأة لزوجها ابتداء: زنيت بك، ثم قذفها الرجل بعد ذلك لم يكن على واحد منهما حد أما على المرأة؛ لأن قولها زنيت بك قذف من وجه دون وجه على ما مرّ، وأما على الرجل فلأنه وجد التصديق منها من وجه دون وجه.

وإذا قذف الأخرس فلا حدّ عليه لأن حد القذف لا يستوفىٰ إلا بعد وجود الدعوىٰ من المقذوف، والدعوىٰ من الأخرس إنما تكون بالإشارة إذا ادعى بنفسه أو بالنائب، وأي ذلك ما كان لا يمكن استيفاء الحد؛ لأن الحد مما لا يستوفى بالأبدال، وهذا على قولهما لا يشكل؛ لأن الحد عندهما لا يستوفىٰ بدعوىٰ النائب، وقد حصلت الإنابة بالنطق؛ فلأن لا تستوفى ههنا وقد حصلت الإنابة بالإشارة أولىٰ، وعلى قول أبي حنيفة لو ادعىٰ بنفسه لا يستوفىٰ؛ لأنه لا يمكن في إشارته نوع احتمال فلأن لا يستوفى إذا أناب غيره بالإشارة، وقد يمكن نوع احتمال في هذه الإنابة أولى.

وكذلك إذا قذف المجبوب لا حد عليه؛ لأن حد القذف إنما يجب على القاذف نفياً لتهمة الزنا عن المقذوف، والزنا من المجبوب لا يتصور فلا تلحقه تهمة الزنا.

وكذلك إذا قذف الرتقاء لا حدّ عليه لأن الزنا لا يتصور من الرتقاء إذا كان رتقاً لا يتصور فتقه فكانت بمنزلة المجبوب، بخلاف ما لو قذف خصياً أو عنيناً؛ لأن الزنا منهما متصور لأن لهما آلة الزنا.

وكذلك إذا قذف امرأة عذراء لأن الزنا متصور، قال وبأي لسان حصل القذف يجب الحد على القاذف؛ العربية والنبطية والفارسية في ذلك سواء؛ لأن حد القذف إنما يجب لدفع العار والشنار عن المقذوف، والفارسية والعربية في [٤٣٣أ/ ١] حق إلحاق العار والشنار على السواء.

وإذا قذف امرأة لها أولاد ولا يعرف لهم أب، فقال لها: يا زانية لا حدّ عليه، وهذا لما بينا أن الحد إنما يجب بقذف المحصن ومن شرائط إحصان المقذوف العفّة عن الزنا، وقد تمكنت الشبهة في العفة عن الزنا ههنا؛ لأن الولد الذي ليس له أب ظاهر علامة الزنا وكونها مسلمة عاقلة علامة النكاح ومع الشك في إحصانها أو تمكن في إحصانها شبهة العدم والحد يسقط بالشبهه.

قال شيخ الإسلام في «شرحه»: وعلى هذا قالوا في رجل لاعن امرأته بولد ثم قذفها إنسان لا حد على قاذفها، لأن النسب انتفىٰ عن الملاعن بقضاء القاضي، فتحقق في جانبها علامة الزنا وهو قيام ولد لا أب له ظاهر فتمكن شبهة العدم في إحصانها،

فكذلك لو مات الولد ثم قذفها إنسان لا حد على قاذفها؛ لأن هذه الشبهة لا تزول بموت الولد، وإن لاعن امرأته بغير ولد فقذفها إنسان، فعلى القاذف الحد؛ لأنه قذف محصنة ولكونها محصنة، جرى اللعان لأن اللعان أقيم مقام حد القذف في جانب الرجل عندنا ولو قذف أجنبي محصنة وأقيم عليه الحد ثم قذفها غيره يقام عليه الحد أيضاً فكذا ههنا، وقد ذكرنا فصل الملاعنة قبل هذا بخلاف ما ذكر ههنا، وكل ما لا يوجب الحد على الأجنبي لا يوجب اللعان على الزوج؛ لأن اللعان فيما بين الأزواج قائم مقام الحد فيما بين الأجانب على ما عرف في ......[1]

وإذا قال لامرأته زنيت وأنت كافرة وهي للحال مسلمة، أو قال زنيت وأنت أمة وهي للحال حرة، فإنه يجب اللعان؛ لأنه لو قال ذلك للأجنبية يجب الحد؛ لأنه أنشأ القذف بما هو زنا من كل وجه، والمقذوفة محصنة حالة الإنشاء، فيجب الحد كما لو قال زنيت، فكذا يجب اللعان. وهذا بخلاف ما لو قال: قذفتك وأنت كافرة أو أنت أمة؛ لأنه لم ينشىء قذفاً حالة الإحصان إنما حكى قذفاً في غير حالة الإحصان، والقذف في غير حالة الإحصان لا يوجب الحد، فأما ههنا أنشأ القذف بما هو زنا من كل وجه في حالة الإحصان، فيجب الحد كما لو قال زنيت.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجل له امرأة جاءت بولد، فقال الرجل: ليس بابني، ثم قال: هو ابني يضرب الحد. ولو قال: هو ابني، ثم قال: ليس بابني، قال: يلاعن والولد ولدهُ، ولو قال: ليس بابني ولا ابنك، فلا حد ولا لعان، فهذه ثلاث مسائل:

أما المسألة الأولى: فإنما يضرب الحد؛ لأنه حين نفىٰ ولدها صار قاذفاً لها، فوجب اللعان فلما أكذب نفسه بطل اللعان، فإذا بطل اللعان وجب الحد؛ لأن اللعان حد ضروري صير إليه عند التكاذب، والحد الأصلي الجلد، فإذا بطل التكاذب صير إلى الحد الأصلي.

وأما المسألة الثانية: فإنما يلاعن بينهما لأنه لما قال: هو ابني فقد أقر بالنسب على وجه لا يمكن تغييره بحال، فقوله بعد ذلك: ليس بابني قذف لها، وقذف الزوج زوجته يوجب اللعان إلا أن النسب لا يقطع لإقراره الماضي وليس من ضرورة اللعان قطع النسب، ألا ترى أن اللعان مشروع بغير ولد أصلاً، وكذلك إذا تطاولت المدة من حين الولادة ثم نضى يلاعن بينهما ولكن لا ينقطع نسب الولد، وإذا كان اللعان ينفك عن قطع النسب وجب اللعان مع قيام النسب.

وأما المسألة الثالثة: وإنما لا يجب الحد واللعان، لأنه لما قال: ليس بابني ولا ابنك فقد أنكر الولادة أصلاً؛ لأن ثبوت النسب منهما يكون إنكاراً لولادتها أصلاً، وإنكار الولادة إنكار للزنا فلم يصر قاذفاً لها فلم يجب حد ولا لعان بخلاف المسألتين،

(١) بياض بالأصل.

لأن هناك نفى عن نفسه نسب ولدها، وذلك نسبة منه لها إلى الزنا؛ لأن ولد المنكوحة إذا لم يكن من زوجها يكون من زنى.

وإذا أكره الرجل امرأة وزنى بها لا يحد قاذفه وقاذفها، أما قاذف الرجل لأنما وجد من الرجل زنا حقيقة وحكماً حتىٰ وجب عليه الحد، ومن قذف زانياً لا يجب عليه الحد. وأما قاذف المرأة لأن ما وجد من المرأة زنا من حيث الحقيقة؛ لأن الزنا حقيقة اسم لوطء خلا عن ملك المتعة وهذا الوطء خلاعن ملك المتعة، فكان زنا من حيث الحقيقة إلا أنه ليس بزنا من حيث الحكم حتى لا يجب عليه الحكم إلا أن الزنا من وجه كاف لزوال الإحصان.

وإذا زنى الكافر في دار الحرب أو في دار الإسلام ثم أسلم فقذفه رجل لا يحد قاذفه؛ لأن هذا الوطء زناً من حيث الحقيقة؛ لأنه خلا عن ملك المتعة إن لم يكن زنا حكماً حتى لا يجب الحد؛ إلا أن الزنا من وجه كاف لزوال الإحصان.

حربي دخل بأمان وقذف مسلماً حد، ذكر المسألة في «الجامع الصغير» من غير ذكر خلاف، وذكر في «الأصل» أن على قول أبي حنيفة الأول: لا يحد، وعلى قوله الآخر: يحد؛ لأن في القذف حق العبد، والحربي بالأمان التزم حقوق العباد، ذكر الخصاف في «مختصره» عن إبراهيم النخعي أنه قال لامرأة: ياروشني يجب عليه الحد، وكذلك إذا قال ابن أي سباهة أي عزاي جلب، أوما شاكل ذلك؛ لأن هذه العبارات كلها مبنية عن كونها زانية عرفاً.

وإذا قال لغيره: فجرت بفلانة، أو قال: جامعت فلانة جماعاً حراماً فلا حد عليه. إذا قال لغيره: أخبرت أنك زان أو قال: أشهدني فلان على شهادته أنك زاني فلا حدّ عليه. إذا قال لرجل: زنيت أو قال له: يا زاني، فقال رجل آخر: صدقت فلا حد على المصدق. ولو قال: هو كما قلت فعليه الحد، ولو قال لغيره: اذهب إلى فلان وقل له يا زاني فلا حد على الآمر، وهل يجب على المأمور؟ إن كان المأمور، قال له يا زاني يجب، وإن كان قال إن فلاناً يقول لك يا زاني لا يجب، هذا هو الكلام في الألفاظ التي تقع قذفاً موجباً للحد والتي لا تقع قذفاً موجباً للحد.

جئنا إلى دعوى القذف والمرافعة إلى القاضي والشهادة [٤٣٣ب/ ١] على ذلك. قال محمد رحمه الله: وإذا ادعى رجل على رجل أنه قذفه وجاء بشاهدين يشهدان أن هذا قذف هذا، فالقاضي يسأل الشاهدين عن القذف ما هو، وكيف هو وهذا لأن القذف قد يكون بالزنا وقد يكون بالكفر وقد يكون بالحجارة، فالأول يوجد الحد، والثاني يوجب التعزير والثالث يوجب الضمان متى أتلف شيئاً منه، فلا بُدّ من السؤال ليعلم القاضي بأنهما شهدا وبما يقضي هو، فإن قالا نشهد أنه قال: يا زاني قبل شهادتهما، ويحد القاذف إن كانا عدلين فقد حمل شهادتهم على القذف بمطلق الزنا على زنا موجب للحد حتى أوجب الحد على القاذف، ولم يحمل مطلق الشهادة على الزنا على زنا موجب للحد حتى لم يوجب الحد على المشهود عليه ما لم يبينوا الزنا الموجب للحد؛ لأن حد الزنا

خالص حق الله وفي حد القذف حق العبد، فجاز أن يدرأ حد الزنا بما لا يدرأ به حد القذف، ألا ترى أن حد الزنا يُدرأ بالرجوع بعد الإقرار وحد القذف لا يدرأ إذا رجع بعد الإقرار، وإن كان القاضي لا يعرف عدالة الشاهدين حبس القاذف حتى يسأل عنهما؛ لأن بهذه الشهادة إن لم يثبت حقيقة القذف قبل التزكية يثبت التهمة، والحبس بتهمة المعصية مشروع، فإن شهد أحدهما أنه قال له: يا زاني يوم الجمعة، وشهد الآخر أنه قال: يا زاني يوم الخميس؛ قال أبو حنيفة: تقبل هذه الشهادة ويقضى على القاذف بالحد، وقالا: لا تقبل. حجتهما أن المشهود به إن كان متحداً باعتبار الإعادة والتكرار؛ لأن المشهود به كلام والكلام مما يعاد ويكرر. ويكون الثاني غير الأول إلا أنه مختلف من حيث الحقيقة؛ لأن تكلمه بالقذف يوم الجمعة غير تكلمه بالقذف يوم الخميس من حيث الحقيقة، فثبتت شبهة الشبهة في المشهود به باعتبار الحقيقة إن لم يثبت حقيقة الشبهة باعتبار الإعادة والتكرار، والشبهة في باب الحدود كالحقيقة.

والدليل عليه ما لو شهد أحدهما أنه قذفه بالعربية وشهد الآخر أنه قذفه بالفارسية لا تقبل هذه الشهادة وإن الحد المشهود به من حيث المعنى باعتبار الإعادة والتكرار؛ لأن الكلام قد يكون بلغتين مختلفتين ويراد بالثاني غير الأول؛ لأنهما اختلفا من حيث الحقيقة فثبتت شبهة البنية باعتبار الحقيقة.

وكذلك إذا شهد أحدهما بالإقرار والآخر بالإنشاء يقبل وإن الحد المشهود به باعتبار المعنى فكذلك هذا، وأبو حنيفة يقول بأن في حد القذف حق الله تعالى وحق العبد، وشبهة البينة لا تمنع القضاء بما هو خالص حق العباد متىٰ يثبت الاتحاد من حيث المعنى كما في الطلاق والعتاق والبيع، ويمنع القضاء بما هو خالص حق الله تعالى من الحدود، فنعمل بالدليلين، فنقول: متىٰ ثبت الاتحاد في المشهود من وجهين وثبتت البينة من وجه واحد، فإنه يجب القضاء عملاً بحق العبد، ومتى ثبتت البينة في المشهود به من وجهين وثبت الاتحاد من وجه واحد، فإنه لا يجب القضاء عملاً بحق الله تعالى ففيما تنازعنا فيه الاتحاد في المشهود به ثابت من وجهين من حيث المعنى باعتبار الإعادة والتكرار، ومن حيث اللفظ والصيغة وهو كلمة القذف؛ لأن المشهود به كلام، فإنه قال في الوقتين جميعاً: يا زاني كان المشهود به متحداً باعتبار اللفظ والصيغة وباعتبار الإعادة والتكرار، وإنما ثبتت البينة من وجه واحد من حيث الحقيقة، فإن تكلمه يوم الجمعة غير تكلمه بها يوم الخميس، فكان اتحاد المشهود به ثابتاً من وجهين والبينة من وجه واحد، وبثبوت البينة من وجه واحد لا يمتنع القضاء لما فيه من حق العبد.

فأما في الفارسية والعربية البينة ثابتة من وجهين: من حيث الحقيقة ومن حيث الصيغة واللفظ، فتكلمه بالفارسية غير تكلمه بالعربية، وإنما يثبت الاتحاد من وجه واحد باعتبار الإعادة والتكرار، فيرجح جانب البينة على جانب الاتحاد فامتنع القضاء لأن معظم الحق في هذا الحد لله تعالى، وكذلك في الإنشاء.

والإقرار يثبت البينة من وجهين: من حيث التكلم ومن حيث اللفظ، فإن كلمة

الإنشاء غير كلمة الإقرار، يقول في الإنشاء: يا زاني أو زنيت، وفي الإقرار يقول: قذفته بالزنا ففيما قاله أبو حنيفة في حد القذف عمل بالدليلين بحق الله تعالى وبحق العبد بقدر الإمكان. وهما أسقطا اعتبار حق العبد في باب اختلاف الشاهد في الشهادة أصلاً وألحقاه بالحدود الخالصة لله عز وجل، ومهما أمكن العمل بالحقين في المواضع كلها لا يجوز تعطيل أحدهما، فكان ما قاله أبو حنيفة أولى.

فإن لم يكن له بينة وأراد أن يستحلف المدعى عليه لا يستحلف عند علمائنا خلافاً للشافعي، وأجمعوا على أنه لا يستحلف في حد الزنا وشرب الخمر، فعلماؤنا سووا بين حد الزنا وشرب الخمر؛ لأن الاستحلاف مشروع لينكل فيقضي عليه بالنكول والقضاء بالنكول في حد الزنا وشرب الخمر لا يجوز؛ لأنه بدل عن الإقرار أو بدل .....[1] ولا يجوز استيفاء الحد بكلا الأمرين، هذا المعنى موجود في حد القذف؛ لأنه لو استحلف فنكل لا يقضى عليه بالنكول، فلا يفيد الاستحلاف فائدة، وهذا كما قال أبو حنيفة: لا يستحلف في الأشياء الستة؛ لأن القضاء بالنكول في الأشياء الستة لأن تكرر القضاء بالنكول متعذر، فلم يكن الاستحلاف مشروعاً فيها، وكذلك هذا.

فإن قيل: هذا ينكل بالقصاص، فإنه يستحلف في دعوى القصاص ولا يقضىٰ فيه بالنكول. الجواب عنه: أن فصل القصاص لا يشكل على قول أبي يوسف ومحمد؛ لأن الاستحلاف على مذهبهما يفيد، فإنه متى نكل يقضى عليه بالديّة إن لم يقض بالقصاص، أما ههنا إذا نكل وتعذر القضاء بالحد لا يمكن القضاء بالمال، فلا يفيد الاستحلاف فائدته فلا يشتغل به، وإنما يجيء الإشكال على قول أبي حنيفة، فإنه جوّز الاستحلاف متى وقع الدعوىٰ [٢٣٤أ/١] في القصاص في النفس ولم يجوز القضاء في الكل لا بالدية ولا بالقصاص، وذلك لأن القياس على مذهبه أن لا يكون اليمين مشروعاً في دعوى القصاص في النفس، لأن اليمين ما شرعت لعينها في سائر الدعاوي وإنما شرعت للقضاء بالنكول، والقضاء بالنكول ممتنع، فكان يجب أن لا يستحلف كما في الحدود، وكما في الأشياء الستة عند أبي حنيفة إلا أنه ترك هذا القياس في باب القصاص بالنص، وذلك لأن الاستحلاف في باب الدماء شرع بعينه لا للنكول، كما في القسامة شرعت الأيمان بعينها حتى إذا امتنعوا من اليمين، وقالوا نعطي الدية لا يتركون وذاك، بل يحبسون حتى يحلفوا ثم يغرَّمُون الدية، فتركنا القياس في باب القصاص بالنص.

والأصل أن ما ثبت بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره، والنص الوارد في القصاص لا يكون وارداً في الحدود دلالة؛ لأن القصاص آكد من الحدود حتى لم يسقط بالرجوع بعد الإقرار ولا بالتقادم كالمال، ولهذا جمع النبي ﷺ بين الأموال والدماء في حق تبرع الاستحلاف، فقال: «لو ترك الناس ودعواهم لادعىٰ ناس دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[2] وقد شرع اليمين في الدماء كما شرع في

(١) بياض بالأصل.

(٢) أخرجه مسلم في الأقضية حديث ١٧١١، وابن ماجه في الأحكام حديث ٢٢٢١.

المال إذا لم يكن النص الوارد في الدماء وارداً في الحدود رد الحدود إلى ما تقضيه حقيقة القياس، وحقيقة القياس تأبى أن يكون اليمين مشروعاً بعينه لا للنكول.

وإذا ادعىٰ قذفاً على أحد وأقام على ذلك شاهداً واحداً، فالقاضي لا يقضي عليه بالحد، وهل يحبسه؟ ينظر إن كان الشاهد فاسقاً لا يحبسه، وإن كان عدلاً، وقال: لي شاهد آخر في المصر القياس أن لا يحبس وفي الاستحسان: يحبس.

وجه القياس في ذلك وهو أن شهادة الواحد ليس بحجة في الحدود، وإن كان عدلاً وإذا لم تكن حجة صار وجودها وعدمها بمنزلة، فبقي مجرد الدعوى وبمجرد الدعوىٰ لا يجب الحبس، وكان كما لو شهد امرأتان بالقذف.

وجه الاستحسان في ذلك: وهو أن شهادة الواحد إذا كان عدلاً حجة في الديانات وحدها، وهي حجة في الحدود مع غيرها، فإنه إذا انضم إليه شهادة عدل آخر وجب الحد فتثبت بها شبهة القذف إن لم تثبت الحقيقة وتهمة المعصية موجبة الحبس فيحبس كما لو شهد عليه مستوران بخلاف شهادة المرأتين؛ لأنها إن كانت حجة في الديانات وحدها، فليست بحجة أصلاً في حق الحدود فإنه لو انضم إليها شهادة رجل لا يقضي بها وبخلاف شهادة الفاسق؛ لأنها ليست بحجة في الديانات وليست بحجة في الحدود أصلاً، فإنه لو انضم إليه شهادة عدل لا يجب القضاء به.

ثم إنما يحبسه يومين أو ثلاثة أيام إذا قال: لي شاهد آخر في المصر، وذلك لأن هذه مدة ضربت لتروية الرأي؛ لأن المدعي يحتاج إلى تروية الرأي في إقامة البينة إن إقامة البينة أولى أم ترك الدعوى؟ وما ضرب لتروية الرأي، فإنه يتقدّر بثلاثة أيام كما في خيار الشرط وكما في مدة التقادم في حق الشهود؛ لأن الشاهد يحتاج تروية الرأي لأن له الستر وله أداء الشهادة، فيحتاج إلى تروية الرأي إن أيّ الأمرين أولى؟ فقدر بثلاثة أيام، فكذلك هذا.

فإن ادعىٰ له شاهد آخر بخراسان فإنه لا يحبسه، فإن الحبس بالتهمة مقدر بثلاثة أيام وهنا متى حبسه إلى أن يحضر شاهده الآخر تزداد مدة الحبس على ثلاثة أيام فلا يحبسه.

فإن قيل: يجب أن يحبس بقدر ثلاثة أيام جزاء على تهمة المعصية ثم يخلى سبيله بعد ذلك، والجواب أن يقال: بأن الحبس على تهمة المعصية غير مشروع لعينه، وإنما شرع لإمكان إقامة الحد، فمتىٰ لم يمكن إقامة الحد بعد مضي ثلاثة أيام لو حبس صار الحبس مقصوداً لعينه لا لإقامة الحد، وإنه مشروع لإقامة الحد لا بعينه، وإن ادعى أن له شاهداً آخر خارج المصر فكذلك، وهذا إذا كان المكان الذي فيه الشاهد بعيداً من المصر بحيث لا يمكنه في مدة ثلاثة أيام.

فأما إذا كان قريباً بحيث يمكنه الإقامة في ثلاثة أيام فإنه يحبسه؛ لأن مدة الحبس لا تزيد على ثلاثة أيام، والحبس على تهمة القذف مشروع بقدر ثلاثة أيام متى أمكن إقامة الحد بعد ثلاثة أيام.

وإذا قذف الرجل رجلاً بالزنا فرفعه المقذوف إلى القاضي، فقال القاذف: عندي بينة عدول على ما قلت وأقام البينة على ذلك، فإنه لا يحد لأن حد القذف بنص الكتاب متعلق بعجز القاذف عن إتيان أربعة من الشهود على ما قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] وهذا أتىٰ بأربعة من الشهداء فلا يجب عليه الحد فإن جاء بأربعة من الشهود وهم عدول فإنه يدرأ الحد عن القاذف وهو يحد المقذوف إن شهدوا بزنا غير متقادم، فإنه يقام عليه الحد، فإن شهدوا بزنا متقادم فإنه لا يحد كما لو شهدوا عليه بالزنا قبل القذف إن كان متقادماً لم يحد وإن كان غير متقادم حد فكذلك هذا، ويسقط الحد عن القاذف في الحالتين إن حد المقذوف فلا إشكال؛ لأن الزنا ثبت على المقذوف حقيقة وحكماً، وكذلك إن لم يحد المقذوف المقادم؛ لأن الزنا إن لم يثبت حقيقة لتهمة تمكنت في الشهادة بسبب التقادم ثبت بشبهة الزنا لتكامل العدد فإنه كافى لدرء الحد عن القاذف، كما لو شهد عليه أربعة من الفسقة تثبت شبهة الزنا لكمال الحجة، إن لم تثبت الحقيقة لتهمة في الحجة فكذلك [٤٣٤ب/١] هذا.

قال محمد في «الجامع الصغير»: رجل له عبد وله أم حرّة مسلمة قد ماتت فقذف المولى أم العبد فليس للعبد أن يأخذ المولىٰ بحدها.

يجب أن يعلم أن من قذف حياً وقضى القاضي للمقذوف بالحد ثم مات المقذوف لا يورث عنه حد القذف عندنا خلافاً للشافعي. وأجمعوا على أن من قذف ميتاً يجب الحد للوارث، أما إذا قذف الميت فإنما وجب الحد للوارث لأن القاذف بقذف الميت ألحق العار والشنار بالوارث مقصوداً؛ لأن الميت ليس بأهلٍ أن يلحقه العار فيجب الحد لدفع العار عن الوارث مقصوداً بطريق الابتداء لا بطريق الإرث، فأما إذا قذف الحي فقد ألحق العار بالمقذوف مقصوداً وبالوارث تبعاً، فوجب الحد حال حياة المقذوف لدفع العار عن المقذوف مقصوداً، ولدفع العار عن الوارث تبعاً فإذا مات المقذوف لو أوجبنا الحد للوارث أو جبناه لدفع العار عن مقصوداً إذا الميت ليس من أهل العار ليدفع ذلك عنه بالحد، فيكون الثابت في الزمان الثاني على خلاف ما يثبت في الزمان الأول.

إذا ثبت هذا جئنا إلى تخريج مسألة «الجامع الصغير» فنقول إذا كان المذهب عندنا أن يقذف الميت يجب الحد للوارث ابتداء فنقول: لو وجب الحد على المولى بقذف أم العبد وجب للعبد ابتداءً، ولا يجوز أن يعاقب المولى بسبب عبده فلا فائدة في الوجوب، ألا ترى أن المولىٰ لو قتل عبده لا يجب القصاصُ، وإنما لا يجب لعدم الفائدة فكذا ههنا بخلاف ما إذا كان القاذف أجنبياً؛ لأن الأجنبي يجوز أن يعاقب بسبب عبد غيره، فكان في الوجوب فائدة، ثم فرق في حق الأجنبي بينما إذا قذف أم العبد بعدما ماتت، وبينما إذا قذفه، فأوجب الحد على القاذف بقذف الأم ولم يوجب الحد عليه بقذف العبد.

والفرق أنه متى قذف العبد فالقذف يتناوله مقصوداً وهو غير محصن فلا يجب الحد بقذفه، فأما إذا قذف أم العبد فالقذف تناول الأم مقصوداً، والأم محصن وبهذا القذف لحق العبد العار فيجب الحد له دفعاً للعار عن نفسه.

وعلى هذا إذا قذف أم نصراني وهي حرة مسلمه قد ماتت تحت النصراني، وإذا كان لو قذف النصراني لا يجب له الحد، والفرق ما مر في مسألة العبد.

ثم إذا قذف ميتاً محصناً حتى وجب الحد على القاذف فولاية المطالبة باستيفاء الحد لأب المقذوف ولأمه ولجده أب الأب وإن علا، ولأولاده لصلبه ذكراً كان أو أنثى، ولأولاد أولاده من قبل الرجال إن كانوا كابن الابن وإن سفل، ولا تثبت ولاية المطالبة لأولاد أولاده من قبل النساء كولد الابنة، ولا لأب الأم ولا لأم الأم ولا لأخيه ولا لعمه ولا لابن العم.

والحاصل إنما تثبت ولاية المطالبة لمن كان بينه وبين المقذوف حقيقة الولاد، وإذا لم يكن بينه وبين المقذوف حقيقة الولاد، ولكن بينه وبين المقذوف ولاد بواسطة يجب أن يكون الطالب منسوباً إلى المقذوف كابن الابن أو يكون المقذوف منسوباً إليه كالجد، وهذا لأن المطالبة بحد القذف إنما تثبت للمقذوف والمقذوف في الحقيقة الميت؛ لأنه هو المقصود بالقذف إلا أنه عاجز عن استيفاء هذا الحق، فتثبت المطالبة باستيفاء هذا لمن صار مقذوفاً بقذفه والأب والأم والولد صاروا مقذوفين بقذف الميت لما بينهما من حقيقة التعصبية والجزئية، فقذف الميت يتناول هؤلاء بحكم التعصيب والجزئية.

وإذا لم يكن بين الطالب وبين المقذوف حقيقة ولاد ولكن بينهما ولاد بواسطة يشترط مع ذلك قيام النسبة بين الطالب والمقذوف؛ لأن الولاد الثابت بواسطة دون الولاد الثابت بلا واسطة، فيشترط قيام النسبة ليحلق هذا الولاد بالولاد الثابت بلا واسطة من حيث الاعتيار، فأما الأخ والعم وولد الابنة وأم الأم فلم يكن بين هؤلاء وبين المقذوف لا حقيقة الولاد ولا النسبة؛ لأن الإنسان لا ينسب إلى أخيه ولا إلى عمه وإنما ينسب إلى أبيه وكذلك ولد الابنة لا ينسب إلى الإنسان، وإنما هذا الولاد بالولاد إلى ابنه، فلهذا لهم يثبت لهم حق المطالبة.

الفصل الثامن
في التعزير وبيان الترتيب في الضربات

يجب أن يعلم بأن التعزير مشروع ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة ونوع من المعنىٰ، أما الكتاب فقول الله تعالى ﴿وَٱضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٣٤] أمر بضرب الزوجات تهذيباً وتأديباً لهن.

وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام: «رحم الله امرأً علق سوطه حيث يراه أهله»(١) وقال عليه السلام: «لا ترفع عصاك عن أهلك»(٢)، وروي أن رسول الله ﷺ

(١) أخرجه المتقي الهندي في كنز العمال ٤٤٩٤٥، والعجلوني في كشف الخفاء ٢/ ٨٢، وابن عدي في الكامل في الضعفاء ٤/ ١٦٤٢.

(٢) أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد ٨/ ١٠٦، وأبو نعيم في حلية الأولياء ٧/ ٣٢٢.

«عزر رجلاً قال لغيره يا مخنث»[١].

والمعنى: أن الزجر عن الجنايات وسوء الأفعال واجب لأنها تؤدي إلى التقاتل. . . . .[٢] التعزير صالح للزجر فشرع التعزير زاجراً.

ثم قد يكون التعزيز بالحبس وقد يكون بالصفع وتفريك الأذن، وقد يكون بالكلام العنيف، وقد يكون بالضرب، ولم يذكر محمد في شيء من الكتب التعزير بأخذ المال، وقد قيل: روي عن أبي يوسف أن الزجر والتعزيز من السلطان بأخذ المال جائز، ولا خلاف بين العلماء أنه لا يبلغ بالتعزير الحد، قال عليه السلام: «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين»[٣].

بعد هذا اعتبر أبو حنيفة رضي الله عنه حد العبيد وذلك أربعون [٤٣٥أ/ ١] فقال ينقص عنه سوط ويضرب تسعة وثلاثون سوطاً، وأبو يوسف اعتبر حد الأحرار، وذلك ثمانون سوطاً وقال: ينقص عنه سوط ويضرب تسعة وسبعون.

وقال في رواية أخرىٰ: ينقص خمسة ويضرب خمس وسبعون والأول أصح، وقول محمد في الكتب مضطرب، ذكر في بعضها مع أبي حنيفة، وفي بعضها مع أبي يوسف، وهذا بالاختلاف في أقصى التعزير.

فأما أدناه مفوض إلى رأي الإمام يقيم بقدر ما يرىٰ المصلحة فيه وينبغي أن ينظر القاضي في سببه فإن كان من جنس ما يجب به الحد ولم يجب بعارض يبلغ بالتعزير أقصى غاياته.

مثالهُ: إذا قال لأمة الغير أو لأم ولد الغير أو لذمية: يا زانية، يجب عليه أقصى غايات التعذير؛ لأن الحد لا يجب هاهنا لعدم إحصان المقذوف، وهذا من جنس ما يجب به الحد، وإن كان من جنس ما لا يجب به الحد نحو أن يقول لغيره: يا خبيث يا فاسق يا شارب خمر حتى وجب التعزير، فالتعزير مفوض إلى الإمام.

وفي حدود «الأصل» يبلغ التعزير غاياته في موضعين:

أحدهما: إذا أصاب من الأجنبية كل محرَّم غير الجماع.

والثاني: إذا أخذ السارق في البيت بعدما جمع المتاع قبل الإخراج. وفيما عدا هذين الموضعين لا يبلغ، لأن في هذين الموضعين لم يكن جريمة ليس وراءها إلا ما هو سبب وجوب الحد، فيعزر بتعزير ليس وراءه إلا الحد بخلاف سائر الجرائم.

وقال أبو يوسف: التعزير على قدر عظم الجرم، وما يرى الحاكم في احتمال المضروب فيما بينه وبين أقل من ثمانين.

---

(١) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.

(٢) بياض بالأصل.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨/ ٣٢٧، والزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٥٤، والمتقي الهندي في كنز العمال ١٣٣٧٤.

وفي «نوادر ابن سماعة»: عن أبي يوسف في والٍ عزَّر مائة فمات الرجل قال: لا أضمنه لأنه قد جاء أن. . . . .[1] ، فإن زاد على مائة فمات فنصف الدية في بيت المال؛ لأن هذا خطأ من الوالي، فإن جاء من ذلك ما يعلم أنه تعمد وليس بخطأ فهو على عاقلته.

وفي «الأمالي» عن أبي يوسف: لو أن قاضياً رأى تعزير مائة فقد أخذ بالأثر، وإن ضرب أكثر من مائه فهو جائر وإنما يجب التعزير بأن يرتكب منكراً ليس فيه حد مقدر شرعاً أو يقذف غيره بقذف لم يجب عليه حد مقدر.

وفي «المنتقى»: وشهادة المرابين مع الرجل في التعزير جائزة وليس على القاذف حبس حتى يسأل عن الشهود؛ لأنه من حقوق الناس.

وإذا قال لغيره: يا فاجر فعليه التعزير، وكذلك إذا قال لغيره: يا خبيث، يا فاسق يا مخنث فعليه التعزير، وكذلك إذا قال له: يا بن القحبة، يا بن الفاجرة فعليه التعزير ولا يكون قاذفاً لأمه، لأن الفجور كما يكون بالزنا يكون بغيره، والقحبة من يكون همها ذلك الفعل فلا يكون هذا قذفاً بالزنا.

وكذلك إذا قال لغيره: يا آكل الربا، يا شارب الخمر، يا خائن ففيها التعزير.

وفي «المنتقى» إذا قال لنصراني: يابن الزاني يابن الفاسق ففيه التعزير، وقال أبو يوسف: يحد، ولو قال: يا حمار، يا ثور يا خنزير فلا شيء في ذلك؛ لأن من عادة أهل الحرب إطلاق هذه الألفاظ بمعنى البلادة والجرص ولا يريدون بذلك الشتم، ألا ترى أنه يسمون به. يقال سفيان الثوري وغير ذلك، لو قال: يا كلب لم يعزر، هكذا ذكر في «الأصل» وحكي عن أبي جعفر الهندواني أنه كان يقول: في عرف ديارنا يعزر؛ لأنه يراد به الشتم في عرفنا، قال شمس الأئمة السرخسي: الأصح عندي أنه لا يعزر.

وفي «الأجناس»: إذا قال يا كافر، يا زنديق، يا لص، يا من يعمل عمل قوم لوط، يالوطي فعليه التعزير. وفي «المنتقى». قال هشام للإفضاح يقذف اللوطي أن يقول: إنك تعمل عمل قوم لوط، وفي «الأجناس» أيضاً: إذا قال له: يا كلب، يا قرد، يا تيس، يا ذئب، يا بقر، ياحيّة ، يا ابن الحجام وأبوه ليس كذلك يا ابن مقعد يا مؤاجر، يا بغي، يا مقامر، يا ناكس، يا منكوس، يا سخرة يا ضحكة يا كشحان يا موسوس إنه لا يعزر في ذلك كله، وإذا قال لفاسق: يا فاسق أو قال للص يا لص: فلا شيء فيه.

وفي «الأثار» عن أبي حنيفة رضي الله عنه: إذا قال لغيره يا بغل، فعليه الحد؛ لأنه بلغة. . . .[1] يا زاني. وفي «الأصل»: إذا قال له: يا يهودي، يا نصراني، يا بن النصراني إن فيه التعزير ولا حد.

قال محمد رحمه الله: والتعزير أشد الضربات يريد به أن في التعزير يضرب أشد ما يضرب في سائر الحدود، ثم ضرب الزاني أشد من ضرب شارب الخمر، وإنما كان

---

(١) بياض بالأصل.

التعزير أشد الضربات؛ لأنه جرى في التعزير نوع تخفيف من حيث نقصان العدد فلو جرى فيه التخفيف من حيث الخفة ومن حيث الألم لا يحصل المقصود وهو الزجر، بخلاف حد الزاني؛ لأنه جرى فيه التغليظ من حيث زيادة العدد، فلو جرى فيه نوع تخفيف من حيث صفة الضرب لا يفوت ما هو المقصود وهو الزجر.

ثم ضرب الزاني أشد من ضرب شارب الخمر؛ لأن جناية الزنا أعظم من جناية شرب الخمر لأن حرمة الخمر آكد، ألا يرى أن الزنا لم يكن حلالاً في دين من الأديان وشرب الخمر كان مباحاً في الابتداء!! وألا ترى أن شرب الخمر يحل عند الضرورة والزنا لا يحل عند الضرورة حتى لو أكره على شرب الخمر بالقتل ترتفع الحرمة!! ولو أكره على الزنا بالقتل لا ترتفع الحرمة.

ثم ضرب شارب الخمر أشد من ضرب القاذف، وفيه نوع إشكال؛ لأن حد القذف منصوص عليه في كتاب الله تعالى، فكان واجباً بدليل قطعي، وحد شرب الخمر ثبت بضرب اجتهاد من الصحابة، والصحابة ألحقوا حدَّ شرب الخمر بحد القذف وجعلوه فرعاً له، فإنهم قالوا في حق شارب الخمر: إذا شرب سكر وإذا سكر هَذَى وإذا هَذَى افترى وحد المفتري ثمانون جلدة فقد ألحقوا حدَّ شرب الخمر بحدّ القذف فكان فرعاً للقذف، والفرع لا يكون فوق الأصل.

والجواب [٤٣٥ب/ ١] عن هذا الإشكال من وجهين:

أحدهما: أن شرب الخمر جناية بيقين لا شبهة فيها، وأما القذف ليس بجناية بيقين؛ لجواز أنه صادق فيما رماه، والعجز عن إقامة البينة لا يكون دليلاً على كذبه من حيث الحقيقة وإن جعل دليلاً على كذبه شرعاً لاحتمال أن شهوده غابوا أو ماتوا أو امتنعوا عن أداء الشهادة، وإذا كان القذف في كونه جناية دون شرب الخمر يجب أن يكون حده أخف من شرب الخمر.

والثاني: أن شارب الخمر قل ما يخلو عن القذف وكذلك شارب كل مسكر، فيصير كل شارب جامعاً بين جنايتين على ما عليه العادة: الشرب والقذف، فيكون الشارب جانياً بجنايتين والقاذف جانياً بجناية واحدة، فلهذا كان ضرب القاذف دون ضرب شارب الخمر.

وفي حدود «الأصل»: ويفرق التعزير على الأعضاء ولا يضرب العضو الذي لا يضرب في حد الزنا، وفي كتاب الأشربة: ويضرب التعزير في موضع واحد وليس في المسألة روايتان، لكن موضوع ما ذكر في كتاب الحدود أنه وجب تبليغ التعزير إلى أقصى غاياته متى كانت الحالة هذه يجب التفريق على الأعضاء لئلا تصير الإقامة في موضع واحد سبباً لفساد ذلك الموضع، وموضوع ما ذكر في الأشربة: أن يعزره أدنى تعزير كسوط واحد أو اثنين أو ثلاثة متى كانت الحالة هذه فالإقامة في موضع واحد لا تؤدي إلى فساد ذلك الموضع.

الفصل التاسع
في بيان حكم الشرب والسكران

ولا تقبل الشهادة على شرب الخمر بعد تقادم العهد، والتقادم في شرب الخمر بذهاب الرائحة عند أبي حنيفة، وعندهما بالزمان والكلام في مقدار الزمان على نحو ما ذكرنا في حد الزنا، والتقادم لا يمنع إقامة الحد بالإقرار، غير أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف شرط وجود الرائحة لإقامة الحد بالإقرار، وعند محمد لا يشترط، فمحمد رحمه الله اعتبر حد شرب الخمر بسائر الحدود، وفي سائر الحدود لا يبطل الإقرار بالتقادم فكذا في حد شرب الخمر، وهما يقولان: حد شرب الخمر عرف بإجماع الصحابة ولم يُعْلم إجماعهم على إقامة حد شرب الخمر بالإقرار بدون الرائحة فإن الإجماع لا ينعقد مع مخالفة عمر وابن مسعود، وما أقاما حد شرب الخمر بالإقرار بدون الرائحة، فإنه روي عن عمر رضي الله عنه «أنه أُتيَ إليه برجل قد شرب الخمر بعدما ذهبت رائحتهُ واعترف به فعزّره ولم يحده»، وروي أن «رجلاً يقال له هزال أتى بابن آخ له إلى ابن مسعود وقال: هذا شرب الخمر فاعترف به، فقال له ابن مسعود: بئس والي اليتيم أنت، لا أدبته صغيراً ولا سترت عليه كبيراً، ثم قال: مزمزوه وتلتلوه واستنكهوه، فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه» فقد شرط لإقامة الحد قيام الرائحة، فإذا لم توجد الرائحة لا يقام الحد لانعدام الدليل والإجماع.

والمعنى في ذلك أنه أقرَّ على نفسهِ بحق ولصدق إقراره علامة وهو الرائحة وجب أن يشترط وجود تلك العلامة لتصديقهِ في إقرارهِ قياساً على ما إذا قال: قطعت يد فلان، فإن كان يد فلان مقطوعة كان مصدقاً في إقراره وإن لم تكن مقطوعة لم يكن مصدقاً في إقراره، والمعنى فيه الاختبار لدرء ما أمرنا الشرع بدرئه بقدر الممكن.

ثم إن محمداً يقول في «الجامع الصغير»: رجل أقر بشرب خمر، إن جاء وريحها يوجد منه أخذ بالحدِّ، وإن جاء بعدما ذهب ريحها لا يؤخذ عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وفي كتاب الأشربة يقول: إذا أتي به ساعة شرب وريحها يوجد منه فلولا رواية هذا الكتاب لكان لقائل أن يقول: إن جاء به بعد مضي الساعة التي شرب فيها وريحها يوجد منه إنه لا يؤاخذ به، وإنما يؤاخذ بإجماع الأمرين، وهو أن يقر ساعة شرب وأن توجد منه الرائحة ويتبين بما ذكر في «الجامع الصغير»: أن ما ذكر في «الأصل» إذا أتي به ساعة شرب دفع اتفاقاً وإن الحكم معلق بوجود الرائحة لا غير.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: ولا يحد السكران بإقراره إذا جاء يقرب بالشرب وهو سكران؛ لأن الحد يحتال لدرئه، والسكران في العادة لا يثبت على كلام واحد بل يتكلم صادقاً وكاذباً، فيحتمل أنه يقر كاذباً لسكره بخلاف سائر الحقوق، فإنه إذا أقرّ بها يؤخذ بإقراره؛ لأن سائر الحقوق لا تدرأ بالشبهات فيؤاخذ بها.

فإن قيل: في سائر الحقوق لا يصدق ولا يميز فيجب أن لا يصح كالمجنون، قلنا:

القصد فات بسبب هو يقتضيه فألحق بالصاحي عقوبة علته وإنما عرف هذا التغليظ بإجماع الصحابة بأنهم اتفقوا على أن السكران إذا قذف إنساناً يقام عليه الحد.

قال الفقيه أبو جعفر: ذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في كتاب الأشربة وقال: إن أتاك سكران وهو لا يعقل فأقرَّ بذلك لا يحد. فلولا رواية «الجامع الصغير» كان لقائل أن يقول: إذا كان سكراناً يعقل شيئاً أخذ بإقرارهِ، فلما عم السكران في «الجامع الصغير» ولم يخص كان ذلك دليلاً أن السكران لا يؤخذ بإقراره على كل حال، وهذا لأنه لا يسمى سكراناً فما لم يكن في عقله قصور من وجه فصار ذلك شبهة في إقراره، فلا يحد وإذا أخذه الشهود وهو سكران أو أخذوه وقد شرب خمراً وريحها يوجد منه فذهبوا إلى مصر فيه الإمام أخذ بحده وهذا عندهم؛ لأن الاحتراز عن مثل هذا غير ممكن فلا يعتبر مانعاً إقامة الحد، كما لو أذهب الرائحة بالمعالجة.

والأصل فيه ما روي أن قوماً شهدوا بين يدي عثمان رضي الله عنه على وليد بن عقبة أو عقبة بن الوليد بشرب الخمر وهو كان بالكوفة، فحمله عثمان إلى المدينة وأقام عليه الحد(١).

ولو شهد الشهود على السكران لا يقام عليه الحد حتى يصحوا فإذا صحى يقام عليه الحد [٤٣٦أ/ ١] سواءٌ ذهب رائحة الخمر أو لم تذهب، ومن هذا الفصل مسائل كثيرة تأتي في كتاب الأشربة إن شاء الله تعالى.

الفصل العاشر
في المتفرقات

في «الأصل»: كل شيء فعله الإمام الذي ليس فوقه إمام مما يجب به الحد لله تعالى فليس عليه حد، فأما إذا قتل إنساناً أو أتلف مال إنسان يؤاخذ به، وهذا لأن القصاص وضمان المتلفات حق العباد على سبيل التمحض وحق الاستيفاء لمن له الحق فيكون الإمام فيه لغيره شرعاً قال الله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] إلا أنه يحتاج إلى المنعة والمولىٰ منعة المسلمين واعانتهم، فيقدر على استيفائه فكان الإيجاب مفيداً فأما الحدود الخالصة لله تعالى فولاية الاستيفاء للإمام الأعظم والولاة والقضاة من بعده فلا يمكن إثبات ولاية الاستيفاء لغيره من الولاة والقضاة، لأنهم تحت ولايته ولا يمكن إثبات ولاية الاستيفاء له على نفسه، لأن الواحد لا يصلح إماماً ورعية فتعذر الاستيفاء فلا يكون الإيجاب مفيداً؛ لأن فائدة الوجوب الاستيفاء.

ولو قذف الإمام الأعظم رجلاً هل يجب عليه حد القذف؟ لم يذكر محمد هذا في

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد حديث ٢٦٨٣، بلفظ: كان الوليد بن عقبة أخا عثمان لأمِّه، وضربه عثمان الحد إذ شرب الخمر.

«الأصل» قالوا: ينبغي أن لا يجب؛ لأن المغلب في حد القذف حق الله تعالى والإقامة مفوضة إلى الإمام.

رجل أقر بالزنا عند القاضي أربع، فأمر برجمه فقال والله ما أقررت درأ الحد عنه؛ لأنه قد رجع.

وفي «المنتقى» إذا وطىء جارية بنت خمس سنين قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إذا سلمت أقمت عليه الحد.

وفيه أيضاً مسلم زنى أو سرق أو شرب الخمر ثم ارتد - والعياذ بالله - فإنه يعرض عليه الإسلام، فإن أسلم أقيم عليه حد الزنا إن كان غير محصن وأقيم عليه حد السرقة أيضاً وبطل عنه حد الخمر، وإن كان محصناً حين زنى بطل حد الزنا أيضاً لأنه تحول إلى حال لا يجب على أهلها الرجم ولا أجلده لأنه إنما كان وجب عليه الرجم، وإن أبى أن يُسلم قتلتهُ، ولم أقم عليه شيئاً مما فعل وأضمنهُ السرقة.

رجل زنى بامرأة وأفضاها فالمسألة على ثلاثة أوجه.

الأول: أن تكون المرأة كبيرة، وإنه على وجهين أيضاً: أما إن كانت المرأة مكرهة أو مطاوعة، وإما أن يكون الإفضاء على وجه يستمسك البول أولا يستمسك، وأما أن يكون ذلك من غير دعوىٰ شبهة أو كان ذلك مع دعوىٰ شبهة، فإن كانت مطاوعة من غير دعوىٰ شبهة فعليهما الحد لوجود الزنا، ولا شيء عليه في الإفضاء لوجود الرضا منها بالوطىء ورضاها معتبرة في حقها، وإن كان مع ذلك دعوىٰ شبهة فلا حد ولا شيء في الإفضاء ويجب العقر، وإن كانت مكرهة من غير شبهة فعليه الحد ولا حد عليها ولا عقر؛ لأن الحد مع العقر عندنا لا يجتمعان، فبعد ذلك ينظر: إن كان الإفضاء على وجه يستمسك البول معه يجب ثلث الدية، لأنه أفضاها وإن كان الإفضاء على وجه لا يستمسك البول معه يجب كل الدية ويكون ثلث الدية في الوجه الأول وكل الدية في الوجه الثاني في مال الجاني؛ لأنه شبه العمد، وموجب شبه العمد في النفس وفيما دون النفس في ماله، هكذا ذكر المسألة في «الأصل».

وذكر في آخر جنايات «الجامع الصغير»: أن ذلك على عاقلة الزاني جعله خطأ من كل وجه وموجب الخطأ على العاقلة في النفس وفيما دون النفس إذا بلغ خمسمائة وإن كان مع الإكراه دعوى الشبهة فلا حد عليهما، فبعد ذلك ينظر: إن كان الإفضاء بحيث يستمسك البول معه يجب ثلث الدية ويجب المهر في «ظاهر الرواية»، وإن كان الإفضاء بحيث لا يستمسك البول يجب كل الدية، ولا يجب المهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد رحمهم الله يجب المهر، ومحمد رحمة الله يقول: هما مالان مختلفان يجبان بشعبتين مختلفين لأن المهر يجب بإتلاف المنفعة والدية تجب بإتلاف العضو، ولهذا يجب العقر مع ثلث الدية وإن كان الإفضاء بحيث يستمسك البول معه.

وهما يقولان: بأن ضمان كل العين ينافي ضمان جزء منه حتى لا يتكرر الضمان بمقابلة شيءٍ واحد، والدية ضمان إتلاف هذا العضو. والعقر في معنى ضمان جزء منه في

الحكم. فتنافيا والعبرة للحكم، وأما إذا وجب ثلث الدية: فقد روىٰ الحسن عن أبي حنيفة أنه يدخل أقلهما في أكثرهما، والفرق على «ظاهر الرواية»: أنا إنما أبطلنا ضمان المهر لوجوب ضمان كل العين المنافي بضمان جزء منه، وثلث الدية ضمان الإفضاء لا ضمان شيء من العين.

الوجه الثاني: أن تكون المرأة صغيرة يجامع مثلها، والجواب فيها كالجواب في الكبيرة؛ لأن جماع الصغيرة التي يجامع مثلها وطء من كل وجه وليس بجناية، ألا ترى أنه يتعلق به جميع أحكام الوطء من حرمة المصاهرة وغيره، فكان الجواب فيها كالجواب في الكبيرة إلا في خصلة أن رضاها لا يعتبر في إسقاط أرش الإفضاء؛ لأنها يست من أهل إسقاط حقها.

الوجه الثالث: أن تكون صغيرة لا يجامع مثلها فأفضاها لا حد عليه، بخلاف ما إذا زنى بها فلم يفضها حيث يلزمها الحد.

بعد ذلك ينظر إن كان إفضاء يستمسك البول معه كان عليه ثلث الدية ويجب المهر بالإجماع.

وإن كان إفضاء لا يستمسك معه البول فعليه الدية كاملاً بالإجماع، وهل يجب المهر؟ فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يجب، وعلى قول محمد: يجب ذكر في بعض نسخ «الجامع الصغير» في أخر هذه المسألة: ما إذا كان الإفضاء بالخشب أو الحجر أو الإصبع، وجعل الجواب في هذا الفصل نظير الجواب فيما إذا كان الإفضاء بالذكر في جميع الوجوه إلا أن في هذا الفصل أوجب الأرش والمهر في ماله، وفي الفصل الأول أوجب على عاقلتهِ لمكان العمل في هذا الفصل ولمكان الخطأ في الفصل الأول.

قال مشايخنا: [٤٣٦ب/١] لا معنى لذكر المهر في هذا الفصل لأن المهر مخصوص باقتضاء الشهوة بالتقاء الختانين دون الجناية بالحجر والأصبع والخشب فيحتمل أن يكون هذا ملحقاً به تعظيماً لحرمة البضع، كما في التقاء الختانين من غير إنزال، ويحتمل أنه وقع سهواً ولهذا وُجِدَ في بعض النسخ دون جميعها.

قال مشايخنا: وإنما تعرف التي لا يجامع مثلها بالسلامة إن سلمت بعد الوطء علم أنها تُجامع ممن يجامع، وإن لم تسلم علم أنها ممن لا يجامع، واختلفوا في الإفضاء: منهم من قال: أن يصير مسلك البول والغائط واحداً، ومنهم من قال: أن يصير مسلك البول والحيض.

وفي «نوادر هشام» عن محمد: إذا ضرب الرجل بعض الحد في شرب خمر أو زنا ثم هرب، ثم شرب الخمر أو زنا بامرأة أخرى فأتي به، قال: يضرب حد مستقل وأما في حد القذف إذا ضرب بعض الحد ثم هرب ثم قذف آخر ثم قدم إلى ذلك القاضي في تلك البلدة أو إلى قاض أخر في بلدة أخرى فإن حضر المقذوف الأول والثاني يطلبان الحد أكمل حد الأول وأسقط حد الثاني، وإن لم يحضر الأول وحضر الثاني وقد علم القاضي بقذفه الأول جلده جلداً مستقلاً للثاني ويبطل حد الأول.

وفي «نوادر هشام» عن محمد أيضاً: رجل قال: إن زنيت فعبدي حر فادَّعى العبد أنه زنى، قال: أحلف المولى بالله ما زنيت؟ فإن حلف لم يعتق العبد ووجب على العبد الحد للمولىٰ، وإن لم يحلف عتق العبد، ولا حد على من قذفه بعد ذلك استحساناً.

وقال: شاهدان شهدا على رجل أنه أعتق أمته هذه وقد زنى بها وكذبها المولىٰ فإني أُعتق الجارية بشهادتهما وادرأ الحد عن الشاهدين؛ لأن المولى يزعم أنه وطىء أمته.

قال محمد في «الجامع الصغير» في ذمي حد في قذف: لا تقبل شهادته على أهل الذمة.

يجب أن يعلم بأن المحدود في القذف مردود الشهادة مسلماً كان أو ذمياً أما قضيته للنص العام وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَـٰدَةً﴾ [النور: ٤] من غير فصل بين المسلم والذمي، أو لأن بطلان شهادته من تتمة الحد على ما عرف فلا بد من القول بالبطلان تمة للحد وإن أسلم جازت شهادته على أهل الذمة على أهل الإسلام. أما على أهل الإسلام لأن أهلية الشهادة على المسلم لم تكن قبل الإسلام حتى يبطل بسبب القذف تتمة للحد، فإذا أسلم صار أهلاً للشهادة على المسلم، وحدُّه قد تمّ قبل هذا فلا تبطل بسبب القذف تتمة للحد، ومن ضرورة صيرورته أهلاً لأداء الشهادة على المسلم صيرورته أهلاً لأداء الشهادة على الذمي لاستحال أن يكون شهادة على أشرف الناس.

ولا يكون له شهادة على أرذل الناس بخلاف العبد المحدود في القذف إذا عتق لا تقبل شهادته؛ لأن تمام حده كان موقوفاً إلى وجود أهلية الشهادة حتى ترد؛ لأنه لم يكن له شهادة قبل العتق. وبخلاف ما إذا تاب المحدود في القذف عندنا لأنه لم تحدث أهلية شهادة لم يكن. . . .[1] ما كانت ثانياً مؤبداً فتناول ما بعد التوبة، ثم ذكر في «الجامع الصغير» جواز شهادته على أهل الذمة وعلى أهل الإسلام، وفي كتاب الحدود لم يذكر جواز شهادته على أهل الذمة فلولا هذه الرواية لكنا لا نقبل شهادتهُ على أهل الذمة، لأن شهادته عليهم بطلت بالجلد وصارت شهادته في حقهم مجروحة غير أن هذا الإشكال زال بما ذكر في «الجامع الصغير» أن جواز شهادته على أهل الإسلام وعلى أهل الذمة وإن ضرب الذمي سوطاً في قذف ثم أسلم ثم ضرب الباقي جازت شهادتهُ على المسلمين وعلى أهل الذمة.

أجمع العلماء على أنه إذا وجد حد القذف كله قبل الإسلام أن شهادته تقبل بعد الإسلام، وأجمعوا أنه إذا حدَّ كله بعد الإسلام أن شهادته لا تقبل ولو أقيم بعض الحد عليه قبل الإسلام وبعضه بعد الإسلام هل تقبل شهادته؟

ذكر في «الجامع الصغير» وقال تقبل شهادته على المسلمين وعلى أهل الذمة. وروي عن أبي حنيفة فيه روايتان في رواية قال: إذا ضرب السوط الأخير بعد الإسلام لا تقبل شهادتهُ، وإن كان دون ذلك تقبل.

---

(١) بياض بالأصل.

وجه الرواية التي قال إنه يعتبر السوط الأخير: أن السوط الأخير له حكم كمال الحد، ألا ترى أنه إذا قذف إنساناً فضرب تسعة وسبعون سوطاً ثم قذف آخر لم يضرب إلا السوط الأخير، فدل أن السوط الأخير له حكم حد كامل فجاز أن يتعلق به ردُّ الشهادة.

وأما وجه الرواية الأخرىٰ وهو أن للأكثر حكم الكل في كثير من الأحكام فكذلك هنا يجعل كأنه أقيم عليه جميع الحد بعد الإسلام، ولو أقيم جميع الحد بعد الإسلام فللأكثر حكم الكل.

ووجه ما ذكر في «الجامع الصغير»: أن ما كان له من الشهادة قبل الإسلام، وهو الشهادة على أهل الكفر لم يبطل بضرب بعض السياط؛ لأن بطلان الشهادة تتمة الحد لا بد من إقامة الحد لتبطل الشهادة تتمة له، وربما ضرب من السياط لم يصر الحد مقاماً وما حدث له من الشهادة بالإسلام وهو الشهادة على أهل الإسلام وأهل الذمة لم يبطل بما ضرب من السياط بعد الإسلام لما ذكرنا، فلهذا تقبل شهادته على أهل الإسلام وعلى أهل الذمة.

ذكر في كتاب «العلل»: إذا جامع الرجل امرأته فماتت من الجماع أو أفضاها بحيث يستمسك البول أو لا يستمسك فلا ضمان عليه، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الأول، ثم رجع وقال: يضمن في الموت والإفضاء.

ثم إذا وجبت الدية على [٤٣٧/أ/١] قوله الآخر إذا ماتت من الجماع هل يجب عليه المهر؟ لم يذكر هذا في «الكتاب»، قالوا: وينبغي أن يجب كما لو قتلها من غير جماع، أبو يوسف يقول: الزوج بالجماع استوفى حق نفسه، والاحتراز عن التلف ممكن فيتقيد بشرط السلامة كما لو رمىٰ سهماً إلى صيد، وكما إذا قتل امرأته، وكما إذا ضرب امرأته لتعود إلى مضجعها، فإن في هذه الصور تتقيد بشرط السلامة، حتى إذا حصل التلف في هذه الصور يجب الضمان، وإنما قلنا إن الزوج استوفى حق نفسه لأن الزوج مع المرأة إن استويا في اقتضاء الشهوة من الجماع إلا أن منفعته فيه راجحة؛ لأن المطلوب من الجماع الولد ومنفعة الأب راجحة في الولد، فإن النسب من الآباء، ولهذا كان جميع النفقة على الأب. وإذا ترجح جانب الأب في الجماع والعبرة للراجح صار الأب بالجماع مستوفياً حق نفسه، والاحتراز عن التلف ممكن في الجملة بأن لا يبالغ في الجماع حتى لا يفضي إلى التلف، ومثل هذا يتقيد بشرط السلامة على ما ذكرنا.

وأبو حنيفة ومحمد قالا: الفعل واحد حقيقة وحكماً أما حقيقة فظاهر، وأما حكماً لأن المتلف شيء واحد وهو النفس وقد وجب ضمان المهر الآن لو أوجبنا الدية فقد أوجبنا ضمانين بمقابلة مضمون واحد وهو منافع البضع.

بيان هذا الكلام أن منافع البضع حال العقد عليها بمنزلة جزء عين منها كاليد والرجل، ومتى أوجبنا الدية بالقتل يصير بعض الدية بإزاء منافع البضع، لأنها بعض النفس حكماً، وقد بقي منافع البعض مضمونة بالمهر فيصير بإزائها حينئذ عوضان عن المهر وبعض الدية، ولا يجوز أن يجب ضمانان بمقابلة مضمون واحد.

وليس كما لو زنى بامرأة حرة وماتت؛ لأن ثقة. . .[1]حيث الحكم؛ لأن المتلف بالوطء المنفعة من حيث الحقيقة، وإنما يعتبر عيناً حكماً حال ورود العقد عليها، فإذا عرىٰ عن العقد تعتبر منفعة فالمتلف بالوطء هناك المنفعة وبالقتل النفس، والمنفعة مع العين مختلفان، ولهذا كان منافع الحي مالاً ولم يكن النفس مالاً فأما حال ورود العقد فمنافع البضع في حكم جزء عين كاليد والرجل، فمتى أوجبنا الدية يصير بعض الدية بمقابلها، وليس كالقتلة والضرب؛ لأنه لا عوض له بإزاء القتلة والضرب، ألا يرى أنه لو قتلها من غير خلوة أو قربها لا يتأكد به المهر، وإذا لم يجز أن يكون وجوب المهر مضافاً إلى الضرب وإلى القتلة هي الوجوب مضافاً إلى العقد فصار شيئان: قتل وعقد فأما الوطء يتأكد المهر بعد أن كان على شرف السقوط وللتأكيد حكم الإثبات في حق بعض الأحكام، فأمكن أن يجعل وجوب المهر مضافاً إلى الوطء متى وجد الوطء، والقتل حصل به، وقد بقي الوطء مضموناً بالمهر ضرورة أن لا يخلو الوطء عن موجب في دار الإسلام، فمتى أوجبنا الدية يصير بعض الدية بإزاء منافع البضع، فيصير بإزاء متلف واحد عوضان.

وأما إذا ضرب الرجل امرأتَهُ ليعيدها إلى مضجعه، فماتت من ضربه، فإنه يضمن لأن الشرع إنما أباح للزوج أن يضربها لمنفعة تعود إلى الزوج لا لمنفعة تعود إلى المرأة، ألا ترىٰ أنه ليس له أن يضربها على ترك الصلاة؛ لأن منفعة ذلك عائدة إلى المرأة، وههنا الشرع لمَّا أباح له الضرب علمنا أنه إنما أباح ذلك لمنفعة عائدة إلى الزوج، والاحتراز عن الإتلاف ممكن، فجاز أن يتقيد بشرط السلامة.

قال الحاكم رحمه الله: ولا يوجد لهذه التي ذكرناها وهو أن الزوج لا يضرب امرأته على ترك الصلاة، والأب يضرب ابنه على ترك الصلاة روايةٌ إلا في كتاب «العلل» خاصة، وهي من خصائص هذا الكتاب.

وفي جنايات «المنتقى»: إذا جامع امرأته فأفضاها حتى لا يستمسك البول أو يستمسك فلا شيء عليه، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن له أن يطأها، وقال أبو يوسف: إن كان لا يستمسك البول فعليه الدية في ماله، وإن كان يستمسك فعليه ثلث الدية. ولو دق فخذها أو يدها عند الوطء فأرش ذلك في ماله؛ لأنه قد يقع على فخذها في الجماع ويتعمد ذلك فهذا منه تعمد.

وروىٰ ابن رستم عن محمد: رجل جامع امرأته ومثلها يجامع فماتت من ذلك فلا شيء عليه؛ لأنه كان له أن يجامعها، وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا جامع امرأته فذهبت عنها عين أو أفضاها أو ماتت فهو ضامن، وقال محمد رحمه الله: يضمن في هذا كله إلا في خصلتين الإفضاء والقتل من الجماع، قال وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه فيما حكاه هشام عن محمد رحمه الله قال أيضاً وهو قول أبي يوسف رحمه الله والله أعلم.

---

(١) بياض بالأصل.

كتاب السرقة

هذا الكتاب يشتمل على ستة عشر فصلاً:

١ - في تفسير السرقة وحكمها.

٢ - في بيان الشرائط التي لا بد منها لوجوب القطع.

٣ - في الرجل يسرق شيئين أحدهما لا يجب القطع فيه أو يجب القطع فيهما.

٤ - في معرفة الحرز وكيفية صحة الأخذ منه.

٥ - في القوم يشتركون في السرقة.

٦ - في ظهور السرقة.

٧ - في التداخل في حد السرقة.

٨ - في السارق يقطع في سرقة فيسرقها ثانياً.

٩ - في السارق يردُّ السرقة على المالك.

١٠ - في السارق يحدث في السرقة قبل إخراجها وبعد إخراجها.

١١ - في هلاك المسروق واستهلاكه.

١٢ - في الرجل يسرق من غير المالك.

١٣ - في قطاع الطريق.

١٤ - في بيان متى يسع قتل المهاجم واللص وأمثالهما.

١٥ - في بيان من له إقامة الحدود.

١٦ - في المتفرقات.

الفصل الأول
في تفسير السرقة وحكمها

فنقول: السرقة التي يتعلق بها القطع شرعاً: أخذ مال الغير على سبيل الخفية والاستسرار ابتداء وانتهاء بأن ينقب البيت على سبيل الخفية والإسرار ليلاً، ويأخذ المال ممن في يده على سبيل المكابرة جهاراً، بأن أستيقظ صاحب اليد فأخذ المال مكابرة منه.

والحكم المتعلق بالسرقة: قطع اليد من الزند. أما قطع اليد بنص الكتاب، فأما من الزند فلما روي «أن رسول الله ﷺ أمر بقطع يد السارق من مفصل الزند»[1]. واليد التي هي محل القطع اليمنى، كان ابن مسعود رضي الله عنه يقرأ: ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيمانهما**﴾ [المائدة: ٣٨][2] وروى الضحاك عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال في معنى قوله ﴿**فَاقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا**﴾: أيمانهما، وشرط أصحابنا رحمهم الله لقطع يد اليمنى أن تكون اليد اليسرى والرجل اليمنى صحيحتان، حتى إنه إذا كانت يده اليسرى بحيث لا ينتفع بها لا تقطع يده اليمنى؛ لأن القطع شرع على وجه لا يؤدي إلى تلف النفس، ومتى قطعت يمينهُ واليسار بهذه الصفة فقد تلف النفس، لأنه فات جنس منفعة البطش، وصار النفس في حق هذه المنفعة كالهالك وأنه غير مشروع.

وكذلك إذا كانت اليد اليسرى صحيحة إلا أن الرجل اليمنى مقطوعة أو هي شلاء أو بها عرج يمنع المشي عليها لم تقطع اليمنى، لأنه يبطل جنس منفعة المشي فتصير النفس كالهالكة في حق هذه المنفعة، ولا قطع في اليد اليسرىٰ عندنا بحال، ولا في الرجل اليمنى وإنما تقطع اليد اليمنى في الابتداء ثم الرجل اليسرى، ولا يقطع بعد ذلك يعذّر ويحبس، وقال الشافعي رحمه الله: تقطع اليد اليسرى في المرة الثالثة وتقطع الرجل اليمنى في المرة الرابعة.

حكي عن أبي الحسن الكرخي رحمه الله أنه كان يحتج على المخالف، وكان يقول: أجمعنا على أن السارق لو كان مقطوع اليد اليمنى أنه تقطع رجله اليسرى ولا تقطع يده اليسرى، ولو كانت اليد اليسرى محلاً للقطع لما جاز العدول إلى الرجل اليسرى؛ لأن ترك المنصوص إلى غير المنصوص عليه لا يجوز.

ولو سرق وأصابع يده اليمنى مقطوعة قطع ما بقي في ظاهر رواية أصحابنا رحمهم الله لأن محل القطع من مفصل الزند، فما دام مفصل الزند من اليمنى باقية كان محل القطع قائماً ويقطع.

---

(١) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨/ ٢٧٠.

وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن على قول أبي يوسف لا تقطع قال: لأن محلية القطع عُرفت بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] ذكر الأيدي مطلقة ومطلق الاسم يتناول الكامل من المسمىٰ، ولا يتناول الناقص إلا بالإزالة وإذا لم يدخل الناقص تحت مطلق الاسم لم يكن الناقص محلاً.

وجه ظاهر الرواية: أن المحلية باليد باسم اليمين لا باسم اليد، لما روينا من قراءة ابن مسعود رضي الله عنه، ومن حيث إنه يمين كامل؛ لأن اليمين ما يكون على يمينه ولا نقصان في هذا المعنى إنما النقصان في اليد والمحلية، عُبِّر باليد باسم اليد.

وكذلك إذا كانت اليمنى شلاء قطعت في ظاهر الرواية، ولو كانت اليد اليسرى مقطوعة الأصابع لا تقطع يده اليمنى؛ لأن قطع اليمنى في هذه الصورة يؤدي إلى إهلاك النفس معنى بتفويت جنس منفعة البطش، وكذلك إذا كان إبهام اليسرى أو أصبعان من اليسرى سوى الإبهام مقطوعتين؛ لأنه لا يقدر على البطش باليسرىٰ بعدما قطع الإبهام أو أصبعان سوى الإبهام، فقطع اليمنى والحالة هذه يؤدي إلى تفويت جنس منفعة البطش، بخلاف ما إذا كان المقطوع من اليسرى أصبع واحد حيث تقطع اليمنى، لأن بعد قطع أصبع واحدة من اليسرى سوى الإبهام يتمكن من البطش باليسرىٰ، فقطع اليمنى والحالة هذه لا يؤدي إلى تفويت جنس منفعة البطش.

ومما يحفظ في هذا المقام: إذا شهد الشهود على رجل بالسرقة ووصفوها وبينوها، فحبسهُ القاضي حتى يسأل عن الشهود، فإن قطع إنسان يده اليمنى عمداً اقتص له منه، لأن بمجرَّد الشهادة لا يثبت إباحة القطع، ما لم يتصل بها قضاء القاضي فصار القطع قبل القضاء، والقطع قبل الشهادة سواء، فإن زكت الشهود فلا قطع عليه، لأنه لو قطع قطع رجله اليسرى ولا وجه إليه، لأن الرجل اليسرى لم تشرع محلاً للقطع في المرة الأولى فسقط القطع ضرورة.

وإن لم يقطع يده اليمنى ولكن قطع يده اليسرى لا تقطع يده اليمنى بسبب السرقة، كيلا يؤدي إلى تفويت جنس منفعة البطش.

ولو لم تقطع يده اليسرى ولكن قطع رجله اليمنى سقط عنه القطع بسبب السرقة لأنه لا وجه إلى قطع يد اليمنى، لأن فيه تفويت منفعة المشي ولا وجه إلى قطع اليد اليسرى، إما لأنه يؤدي إلى تفويت منفعة البطش بكمالها، أو لأن اليد اليسرى لم تشرع محلاً للقطع في المرة الأولىٰ بالإجماع، فإن لم تقطع رجله اليمنى ولكن قطع رجله اليسرى قطع يده اليمنى؛ لأن قطع اليمنى في هذه الحالة لا يؤدي إلى تفويت منفعة المشي، ولا إلى تفويت منفعة البطش.

الفصل الثاني
في بيان الشرائط التي لا بد منها لوجوب القطع وإنها كثيرة

أحدها: أن يكون السارق عاقلاً بالغاً؛ لأن الحد لا يجب إلا بعد وجود التكليف، لأنه عقوبة والعقوبة تعتمد توجه التكليف، والتكليف لا يتوجه بدون العقل [١ب/ ٢] والبلوغ.

والشرط الثاني: أن يكون المسروق عشرة دراهم فصاعداً، أو ما يبلغ قيمته قيمة عشرة دراهم فصاعداً، روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ أنه قال «لا قطع فيما دون العشرة»[١]، وعن ابن مسعود رضي الله عنه: أنه لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم، وعن رسول الله ﷺ أنه قال «لا قطع إلا في ثمن المجَنّ»[٢]، روى ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال كان قيمة المجن الذي يقطع فيه على عهد رسول الله ﷺ عشرة دراهم وتعتبر عشرة دراهم مضروبة أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة، هكذا روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف وابن سماعة عن محمد رحمهم الله، وهكذا ذكره القدوري في «شرحه» إلا أن القدوري لم ينسب هذا القول إلى أحد، حتى إن من سرق تبراً وزنه عشرة لا يقطع ما لم تكن قيمتهُ عشرة مضروبة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه قاس نصاب السرقة بنصاب الزكاة وهما قالا: بأن التبر أنقص من المضروب من حيث القيمة فينصرف مطلق اسم الدراهم إلى المضروب حتى لا يجب القطع بالشك.

وقد قيل: يعتبر عشرة دراهم بوزن سبعة؛ لأن مطلق اسم الدراهم ينصرف إليه كما في باب الزكاة، فإذا وجب تقويم المسروق بعشرة دراهم يقوَّم بأعز النقود أو بنقد البلد الذي يروج بين الناس في الغالب؛ لأن مطلق اسم الدراهم ينصرف إليه، ألا ترىٰ أن في باب البيع والشراء مطلق اسم الدراهم ينصرف إلى نقد البلد ولم ينصرف إلى أعز النقود.

وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنه يقوم بعشرة دراهم أعز النقود حتى لا يجب القطع بالشك، ولا يقطع بتقويم الواحد إلا عند اختلاف المنقوش وقيل هو قول محمد رحمه الله في تقويم الواحد.

ولو سرق عشرة دراهم زيوفاً أو نبهرجة قال محمد رحمه الله: لا أقطعه إلا فيما يروج بين الناس، وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمه الله: إذا سرق عشرة دراهم رديئة وهي تروج بين الناس إنه يقطع، وروى ابن أبي مالك عنه: أنه لا يقطع، قال: وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضي الله عنه في «المجرد» أنه قال: لا يقطع في السرقة في أقل من عشرة دراهم مما يروج بين الناس، وعن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنه لا قطع في عشرة سود ولا علة حتى يكون وضحاً، وروى بشر عن أبي يوسف في الزيوف والنبهرجة أنها إذا كانت لا تساوي عشرة دراهم لا يقطع.

وفي «واقعات الصدر الشهيد» رحمهُ الله: إذا سرق أحد عشر درهماً لا تروج بين الناس ولكنها تساوي عشرة جياد أن لا يقطع كذا القطع، إنما يجب بسرقة دراهم تروج

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/ ٢٠٤، والهيثمي في مجمع الزوائد ٦/ ٢٧٣، والمتقي الهندي في كنز العمال ١٣٣٤٦.

(٢) أخرجه المتقي الهندي في كنز العمال ١٣٣٤٨.

بين الناس، قال الصدر الشهيد رحمه الله: وفيه نظر وينبغي أن يقطع كما في سائر العروض.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهم الله أنه لا قطع في إناء فضة حتى يكون وزنه عشرة دراهم وقيمته عشرة دراهم.

ويعتبر أن تكون قيمة السرقة يوم السرقة عشرة فكذلك يوم القطع، ولو كان قيمتهُ يوم السرقة عشرة دراهم فانتقص بعد ذلك، إن كان نقصان القيمة لنقصان العين يقطع، وإن كان نقصان القيمة لنقصان السعر لا يقطع في ظاهر الرواية، إلا رواية عن محمد رحمه الله، وهذا لأن نقصان العين مضمون على السارق والضمان قائم مقام المضمون وكأن العين، قائم من كل وجه وهناك يقطع السارق فههنا كذلك. وأما نقصان السعر ليس بمضمون على السارق فلم يكن العين قائماً لا حقيقة ولا حكماً فلا يقطع.

وذكر الطحاوي في «مختصره»: أن المعتبر فيه المسروق بعد الإخراج عن الحرز.

وذكر ابن سماعة في «نوادره» عن محمد رحمه الله: إذا سرق ثوباً قيمتهُ عشرة دراهم فأخذه في بلدٍ آخر وقيمتهُ ثمانين، أدرأ عنه القطع، وعن أبي يوسف: إذا سرق ثوباً يساوي عشرة دراهم، فارتفعا إلى القاضي وهو يساوي تسعة لا يقطع، وإنما يعتبر كمال النصاب في حق السارق لا في حق المسروق منه حتى أن من سرق ثوباً بين اثنين يساوي عشرة دراهم يقطع لكمال النصاب في حق السارق.

وكذلك إذا سرق عشرة دراهم من عشرة أنفس من كل نفس درهم من بيت واحد، لكمال النصاب في حق السارق.

ولو سرق رجلان ثوباً قيمتهُ عشرة لا قطع على واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما سرق خمسة، لأن أخذ المال يحتمل التجزؤ فعند الإشتراك يجعل كل واحدٍ منهما آخذاً خمسة حتى لو كان قيمة الثوب عشرين يجب القطع على كل واحدٍ منهما؛ لأن كل واحدٍ منهما قد سرق عشرة.

وفي «البقالي»: إذا أخرج ما دون النصاب من البيت ثم دخل وأخرج النصف الباقي فلا قطع، وفي «الحاوي» سبع الدنانير في البيت ثم خرج فلا قطع[1]، لأنه صار ديناً في ذمته فلا ينظر وصفه، وفي «نوادر بشر» قال سمعت محمداً يقول: إذا سرق نصف دينار مقطوع يساوي عشرة دراهم قطعته. وإذا سرق ديناراً قيمتهُ أقل من عشرة دراهم لم أقطعه لأن القطع في عشرة دراهم، والذي روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ أنه قال «لا [٢أ/٢] قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم»[2] فالمراد منه الدينار المقوم بقيمة الشرع عشرة لا الدينار المقوم بقيمة الوقت؛ لأن القيمة باعتبار الوقت تختلف، قد تكون عشرة وقد تبلغ عشرين وقد تصير ثمانين، فيصير تقدير الحديث: لا

(١) كذا العبارة في الأصل، ولعلها: «إذا أخذ سبعة دنانير من البيت ثم خرج فلا قطع»، والله أعلم.
(٢) أخرجه الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٥٥، والهيثمي في مجمع الزوائد ٦/ ٢٧٤.

قطع إلا في عشرة أو عشرين أو ثمانين، وإثبات النصاب على هذا الوجه لا يستقيم فعلم أن المراد من الحديث الدينار المقوم بالشرع عشرة.

الشرط الثالث: أن يكون المسروق متقوماً في نفسه، وأن لا يوجد جنسه مباح الأصل في دار الإسلام، وأن لا يكون تافهاً أي حقيراً، ولا يتسارع إليه الفساد حتى لا يجب القطع بسرقة الخمر؛ لأنها ليست بمتقومة، ولا يجب بسرقة الجص والنورة؛ لأن هذه الأشياء توجد مباح الأصل في دار الإسلام.

وكذلك لا يجب القطع بسرقة ما يتسارع إليه الفساد نحو اللحم والرطب وأشباه ذلك، وهذا لأن مقادير أسباب الحدود إنما تعرف بالنص أو بدلالة النص أو بالإجماع، ولا نص ولا إجماع في هذه الأشياء وهذا ظاهر، وليس فيها دلالة النص لأن النص إنما ورد في الدراهم وفي ثمن المجنِّ، والدراهم وثمن المجن مال متقوم لا يوجد جنسه مباح الأصل في دار الإسلام، ولا يتسارع إليها الفساد فكل ما كان في معنى الدراهم كان النص الوارد في الدراهم وارداً فيه دلالة وما لا فلا.

قلنا: وما يتسارع إليه الفساد ليس نظير الدراهم في المالية ولأنه لا يرغب فيما يتسارع إليه الفساد مثل ما يرغب في الدراهم وكذلك الجص والنورة ليس نظير الدراهم في المالية والنفاسة؛ لأنه يرغب في الدراهم جميع الناس ولا يرغب في الجص والنورة جميع الناس إنما يرغب فيهما أصل صناعته فالنص الوارد في الدراهم لا يكون وارداً في هذه الأشياء دلالة، وأما الذهب والفضة واللؤلؤ والفيروزج، فقد روى هشام عن محمد رحمه الله: أنه إذا سرقه على الصورة التي توجد مباحاً، وهو المختلط بالحجر والتراب لا يجب القطع. وفي «ظاهر الرواية»: يجب القطع على كل حال.

وكذلك لا يجب القطع بسرقة الفاكهة وفيها نص وهو قوله عليه السلام: «لا قطع في الثمر»[1] ذكر مسألة الفاكهة مطلقة.

قال مشايخنا: المسألة على التفصيل، إن كانت السنة سنة قحط لا يجب القطع بسرقة الثمار سواء كان ثمراً يتسارع إليه الفساد أو لا يتسارع وسواء كان على رأس الشجر أو مجزوزاً محرزاً أو لم يكن محرزاً. وإن كانت السنة سنة خصب إن كان ثمراً يتسارع إليه الفساد لا يجب القطع سواء كان على رأس الشجر أو كان محرزاً، وإن كان ثمراً لا يتسارع إليه الفساد فإن كان محرزاً يجب القطع لقوله عليه السلام «وما أواه الجرين ففيه القطع»[2].

ورأيت في موضع آخر أن في الثمار اليابسة يجب القطع.

والجواب في الثمار نظير الجواب في الطعام إن سرق طعاماً في سنة قحط لا يجب القطع سواء كان طعاماً يتسارع إليه الفساد أو لا يتسارع، وسواء كان محرزاً أو لم يكن،

---

(١) أخرجه المتقي الهندي في كنز العمال ١٣٣٣٢، والعجلوني في كشف الخفاء ٢/٥١١.

(٢) أخرجه ابن ماجه في الحدود باب ٢٨.

وإن كان السنة سنة خصب فإن كان طعاماً يتسارع إليه الفساد فكذلك لا يقطع، وإن كان طعاماً لا يتسارع إليه الفساد وكان محرزاً يجب القطع. وإذا كانت السنة سنة قحط وسرق ما سوى الطعام يقطع.

وفي «المنتقى» عن محمد رحمه الله: إذا سرق في عام سنة إن سرق عن ضرورة وجوع فلا قطع عليه ولم يفصل بين الطعام وغيره، وكذلك لا قطع في سرقة اللحم لأنه مما يتسارع إليه الفساد، ولا قطع في الأشجار وهو أحد التأويلين لقوله عليه السلام: «لاقطع في ثمر ولا كثر»[1].

قال في «الجامع الصغير» ولا قطع في الخشب لأنه يوجد بصورته مباح الأصل في دار الإسلام، ويكون تافهاً أي حقيراً في أعين الناس، ألا ترىٰ أنه ملقاً في السكك؟ ثم قال في «الكتاب»: غير الساج، فهذا دليل على أنه يقطع في الساج هو المذهب لأن الساج بصورته لا يوجد مباحاً في دار الإسلام ولا يكون تافهاً، ألا ترى أن من تمكن من أخذه أخذه عادة وتحرز على الكمال. ألا ترى أنه لا يلقى في السكك. وكذلك يقطع في الصندل والأبنوس والعنبر لما قلنا في الساج. وفي الأبنوس كلمات تأتي بعدُ إن شاء الله تعالى.

وإن جعل من الخشب الذي لا قطع فيه باباً أو كرسياً أو سريراً يجب القطع بسرقته لأنه لا يوجد بصورته مباحاً غير مرغوب فيه. وفرق بين الخشب والحصير والبردي فلم يوجب القطع في الخشب قبل العمل فيه وأوجب القطع فيه بعد العمل بأن اتخذ منه كرسياً أو باباً أو ما أشبه ذلك وفي الحشيش والقصب والبردي كما لم يوجب القطع قبل العمل لم يوجب بعد العمل حتى لو اتخذ منها حصيراً وسرق لا يقطع.

والفرق: أن الصنعة في الحشيش والقصب سوى البردي لا يغلب على الأصل، ألا ترى أنه لا تضاعف قيمته بسبب الصنعة ولا يخرج بالصنعة من أن يكون تافهاً فيما بين الناس حتى أن الحصير يبسط في غير الحرز كما أن القصب يلقى في غير الحرز بخلاف الخشب لأن الصنعة في الخشب تغلب على الأصل، ألا ترى أنه يزداد قيمته بسبب العمل، وألا ترى أنه يخرج من أن يكون تافهاً بخلاف الحصير حتى أن في الحصير في كل موضع غلبت الصفة على الأصل كما في الحصير البغدادي والحصير نقول بالقطع أيضاً، ويجب القطع في الزبرجد والياقوت والفيروزج لأنه لا يوجد بصورته مباح الأصل، وهو ليس بتافه بل هو في [٢ب/ ٢] غاية العزة فيما بين الناس.

وفي «البقالي» عن محمد رحمه الله: أنه لا قطع في اللؤلؤ والياقوت، وفي «الأصل» يقول: ولا قطع في الزجاج.

بعض مشايخنا قالوا: أراد به جوهر الزجاج والمكسور منه دون المعمول لأن غير

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٤٣٨٨، ٤٣٨٩، والترمذي حديث ١٤٤٩، وابن ماجه حديث ٢٥٩٣، ٢٥٩٤، وأحمد في المسند ٣/ ٤٦٣.

المعمول؛ والمكسور يوجد بصورته مباح الأصل في دار الإسلام، ألا ترى أنه يلقى في السكك، فأما في المعمول منه يجب القطع لأن المعمول لا يوجد بصورته مباح الأصل في دار الإسلام وإليه مال شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله.

ومنهم من قال: لا قطع في المعمول أيضاً لأنه يتسارع إليه الكسر فهو بمنزلة الأمور التي يتسارع إليها الفساد، وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

ولا قطع في الملح لأن فيه شبهة التفاهة، ولا قطع في السمك إن كان طرياً لعلتين أحديهما: أنها مباح الأصل، والثانية: أنها مما يتسارع إليها الفساد، وإن كانت مالحة فللعلة الأولى ولا قطع [في] القديد من اللحم لأنه لحم.

الشرط الرابع: أن لا يكون للسارق في المسروق ملك ولا شبهة ملك، لأن الفعل واحد وهذا الفعل من حيث إنه يصادف ملك للأجنبي، ومع الشبهة لا يمكن إيجاب الحد.

الشرط الخامس: أن يكون المأخوذ منه حرزاً قال عليه السلام «لا قطع في الثمار وما آواه الجرين أو الجراب ففيه القطع»(١) ثم المكان إنما يكون حرزاً بأحد أمرين: إما بأن يكون معداً لحفظ الأموال والأمكنة كالدور والدكاكين والخانات والخيام والفساطيط والأخبية، أو بالحافظ حتى إن من سرق شيئاً من الصحراء وله حافظ بأن سرق شيئاً من تحت رأس رجلٍ وهو نائم في الصحراء فإنه يقطع، وكذلك إذا كان نائماً في المسجد فسرق من تحت رأسه شيء يقطع، والصحراء غير معد لحفظ الأموال والمسجد كذلك مع هذا وجب القطع إنما وجب لصيرورة المال محرزاً بالحافظ.

وفي «الأصل» يقول: المسافر ينزل في الصحراء فيجمع متاعه ويبيت عليه فسرق منه رجل قطع، بعض مشايخنا قالوا: قوله ويبيت عليه إشارة إلى أن صاحب المتاع إنما يكون محرزاً لمتاعه في حال نومه إذا جعل المتاع تحت رأسه أو تحت جبته أما إذا كان موضوعاً بين يديه فلا يكون محرزاً لمتاعه في حال نومه، وإن كان متاعه موضوعاً بين يديه، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله عليه.

قال رحمه الله في «شرحه» عقيب هذه المسألة: ألا ترى أن المودع والمستعير لا يضمنان بمثل هذا وهما يضمنان بالتضييع، وفي «البقالي» يقول: وصاحبه نائم عليه أو حيث يراه ويحفظ قطع، وروى ابن أبي مالك عن محمد رحمه الله: رجل سرق من رجل ثوباً عليه رداؤه أو قلنسوة أو منقبة أو سرق من امرأة نائمة حلياً عليها لم يقطع، وكذلك إذا سرق من رجل نائم عليه ملاءة هو لابسها لم يقطع، ثم قال: يقطع كالموضوع عنده.

وإذا سرق شاة أو بقرة أو فرساً من المرعىٰ فلا قطع هكذا ذكره محمد رحمه الله في «الأصل»، قال شيخ الإسلام إلا أن يكون عليها راع لحفظها وهذا لأن بذلها في المرعىٰ لأجل الرعي لا لأجل الحفظ فإذا لم يكن معها من يحفظها لم تصر محرزاً أصلاً، وإذا كان معها راعى لحفظها صار محرزاً بالراعي.

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه قبل قليل.

وفي «البقالي» لا قطع في المواشي في المرعىٰ وإن كان معه الراعي لأن الراعي ينصب لأجل الحفظ فلا يصير محرزاً بالراعي؛ فإن كان معها سوى الراعي من يحفظها يجب القطع الآن. وكثير من المشايخ أفتوا بهذا.

وإن كانت الغنم تأوي إلى بيت بالليل قد بني لها عليه باب مغلق فكسره ودخل وسرق منه شاة قطع لقوله عليه السلام: «وما أواه الجرين ففيه القطع» ولأنها إنما تجمع بالليل في الجرين لأجل الإحراز والحفظ قال في «البقالي» وقيل: لا يعتبر الغلق إذا كان الباب مردوداً إلا أن يكون بيتاً منفرداً في الصحراء، وفي «البقالي» بعد هذا بقليل المراح والجرين حرز وإن لم يكن عليه حافظ وقيل هذا إذا كان معه حافظ.

وفي «القدوري» يقول: وفي البيوت والدور ما كان حرزاً بنفسه سواء فيه إن يسرق منه وهو مفتوح الباب أو لا باب له إذا حجز بالبناء لأن البناء يقصد للإحراز فعلى هذا لو سرق من قصور يكون على رأس الأرضين، وفي بعض الكروم من غير باب أو من الحصن الذي يقال بالفارسية: جواره يجب فيه القطع، لأن كل ذلك أُعدَّ للحرز.

وفي «الحاوي»: إذا اتخذ من حجر أو شوك حظيرة وجمع فيها الأغنام وهو نائم عندها يقطع سارقها، وذكر ثمة أيضاً، قال محمد رحمه الله: وإذا جمع الأغنام في حظيرة أو في غير حظيرة وعليها حافظ أو ليس عليها حافظ بعد أن جمعها قطع سارقها، وعامة المشايخ على أنه إذا جمعها في مكان أعد لحفظها فسرق رجل منها فعليه القطع سواء كان معها حافظ أو لم يكن، قال عليه السلام «وما أواه الجرين ففيه القطع» من غير فصل، بينما إذا كان ثمة حافظ أو لم يكن وهذا هو الأصل في جنس مسائل السرقة إن المكان الذي كان يعد لحفظ الأموال فيه لا يشترط لوجوب القطع بالسرقة منه الحافظ، وإذا لم يكن المكان معد لحفظ الأموال يشترط لوجوب القطع بالسرقة منه الحافظ.

قال الطحاوي في «كتابه»: حرز كل شيء معتبر بحرز مثله حتى أنه إذا سرق دابة من إصطبل يقطع ولو سرق لؤلؤة من أصطبل لا يقطع وذكر الكرخي في «كتابه»: إن كان حرز النوع فهو حرز في الأنواع كلها حتى لو سرق لؤلؤة من سريجة فقال: يقطع، وكذلك لو سرق ثياب الراعي من المراح يقطع. قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله هو المذهب عندنا.

وفي «المنتقى»: روى حسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه إذا سرق من بيت السوق ليلاً، فإن كان عندها من يحفظها يقطع، وإن لم يكن عندها [٣أ/ ٢] من يحفظها لا يقطع، وإذا دخل على السوقي نهاراً في حانوته وسرق منه لم يقطع. وقال في العساس: وهو الذي نهى تعلق البيت ما يفتحه به إذا عس نهاراً وليس في البيت ولا في الدار أحد وأخذ المتاع لا يقطع، وإن كان فيها أحد من أهلها وأخذ المتاع وهو لا يعلم قطع، وكذلك إذا عس باباً في السوق لم تقطع. . . .[1] لا يقطع، وهو الذي يعطي الدراهم لينظر إليها ويأخذ منها وصاحبه لا يعلم.

---

(١) بياض بالأصل.

وفي «الحاوي»: إذا كان باب الدار مردوداً غير مغلق فدخلها السارق خفياً وأخذ المتاع خفياً قطع، ولو كان باب الدار مفتوحاً فدخل نهاراً وسرق لا يقطع، ولو دخل ليلاً من باب الدار فكان الباب مفتوحاً [أو] مردوداً بعدما صلى الناس العتمة وسرق خفياً أو مكابرة ومعه سلاح أو لا وصاحب الدار يعلم به أو لا قطع، ولو دخل اللص دار إنسانٍ ما بين العشاء والعتمة والناس يذهبون ويجيئون فهو بمنزلة النهار، وإذا كان صاحب الدار يعلم بدخول اللص واللص لا يعلم أن فيها صاحب الدار، أو يعلم به اللص وصاحب الدار لا يعلم قطع، ولو علما لا يقطع ولو لم يعلما قطع، ولو كابر إنساناً ليلاً حتى سرق متاعه قطع، معنى قوله كابره: أنه دخل عليه بسلاح وقاتله حتى أخذ ماله، ولو كابره نهاراً سراً وأخذ متاعه مغالبة لا يقطع والقياس أن لا يقطع في الفصلين لانعدام ركن السرقة، فإن ركنها الأخذ على سبيل الخفية والاستسرار، والخفية إن وجدت قبل الدخول لم توجد وقت الأخذ فإن الأخذ حصل بطريق المغالبة، لكنا استحسنا في الفصل الأول وقلنا: بوجوب القطع لأنا لو اعتبرنا الخفية وقت الأخذ لامتنع وجوب القطع في السرقات لأن أكثر السرقات في الليالي تصير مغالبة في الإنتهاء لأنه وقت لا يلحقه الغوث بخلاف ما إذا كانت بالنهار، ولأن السرقة بالنهار لا تصير مغالبة غالباً لأنه وقت يلحقه الغوث من جهة السلطان، فإذا صارت مغالبة لا يتمكن السارق من الأخذ باعتبار الخفية لأنها بالنهار ولا يؤدي إلى امتناع القطع في أكثر السرقات ولا كذلك الليل.

الشرط السادس: أن لا يكون السارق مأذوناً بالدخول مع الإذن لأن بالإذن بالدخول لا ينفي المكان في حق المأذون، ولأجل هذا المعنى قلنا: أن الضيف إذا سرق شيئاً من بيت المضيف لا يقطع، ولو أذن له بالدخول في بيت من الدار فسرق من بيت آخر من تلك الدار اختلف المشايخ، واختلفت الروايات فيه:

ذكر في بعض روايات النوادر أنه يقطع لأن الإذن بالدخول في بيت من الدار لا يكون إذناً بالدخول في بيت آخر فصار وجود هذا الإذن في حق بيت آخر والعدم بمنزلة.

وذكر في بعضها أنه لا يقطع لأن الدار إذا كانت مشتملة على البيوت فكل بيت بمنزلة دار على حدة من حيث الحقيقة، أما في حق الأحكام فالكل بمنزلة واحدة؛ ألا ترىٰ أن المودع إذا أمر بالحفظ في بيت من الدار له أن يخرج إلى صحن الدار ويدخل بيتاً آخر من تلك الدار، فباعتبار الحقيقة إن كان لا يثبت الإذن فباعتبار الحكم يثبت الإذن فتثبت شبهة الإذن والشبهة كافية لدرء الحدِّ.

وفي «القدروي»: روي عن محمد رحمه الله فيمن سرق من حانوت في السوق ورب الحانوت قد قعد للبيع وأذن للناس بالدخول في الحانوت فسرق الرجل شيئاً مما في الحانوت، لا يقطع؛ لأنه لما أذن صاحب الحانوت بالدخول في الحانوت لا يبقى الحانوت حرزاً فلا يتحقق هتك الحرز فلهذا لا يجب القطع، وكذلك لو كان في الحانوت صندوق مقفل فسرق منه لا يقطع.

الشرط السابع: أن يكون للمسروق منه يد صحيحة على المال حتى أن السارق من

السارق لا يقطع، لأن السارق ليس له يد صحيحة، وهذا لأن إزالة اليد أن لا بد منها لإيجاب القطع وإزالة يد غير صحيحة في كونها جناية لا يكون نظير إزالة يد صحيحة والتفاوت في الجناية يمنع التساوي في العقوبة، وقد اعتبر إزالة صحيحة في إيجاب القطع حتى يقطع السارق من المالك ومودع المالك فلا يعتبر إزالة يد فاسدة في إيجاب القطع حتى لا يقع التساوي بين العقوبتين مع التفاوت بين الجنايتين.

وفي «البقالي»: لا يقطع السارق عن السارق إلا أن يدرأ عن الأول، وهل له أن يطالب برد العين المسروقة إليه قيل فيه روايتان قال القدوري: الأولى أن له ذلك؛ لأنه يحتاج إلى إعادة يده ليرده على المالك فيدفع القطع عن نفسه إن كانت السرقة منه قبل مرافعته إلى الإمام وإن كان بعد ذلك ليتخلص عن عهدة الضمان الواجب فيما بينه وبين الله تعالى.

وفي «الأصل»: لو سرق من السارق بعد ما قطعت يده لم يقطع، ولو غصبه رجل من السارق ضمن الغاصب وسقط القطع، وفي «نوادر هشام» عن محمد رحمهما الله: لا أقطع السارق من السارق إذا كنت قطعت الأول وإن درأت الأول لشبهة قطعت الثاني وإذا سرق من السارق الأول قبل أن تقطع يد الأول ففيه اختلاف المشايخ.

وفي «الحاوي»: إذا أخذ القاضي من السارق الثاني ما سرق فأمسكه حتى أتى صاحب المال فلا قطع على السارق الأول؛ لأنه رده إلى صاحبه قبل المرافعة، فإن ضاع عند القاضي برىء السارق عن ضمانه.

وفيه أيضاً: ضاع المال من يد القاضي وقد أخذ من قاطع الطريق ليحفظه فالضمان على من قطع الطريق وأخذ منه القاضي بمنزلة مال في يدي رجل مخوف أخذ منه القاضي ليحفظه عليه، وفي «نوادر ابن سماعة» [٣ب/ ٢] عن محمد رحمهما الله في السارق من السارق إذا أخذ فالحاكم يأخذ المال منه ويدفعه إلى السارق الأول، وإن كان الأول أخذ المال من الثاني فالحاكم لا يأخذ ذلك من الأول لأنه هو الخصم وفيه القطع عليه، وقال محمد رحمه الله: بعد ذلك إذا علم الحاكم أن الأول سارق لا يدفع المال إليه ولو كان الأول قد أخذه من الثاني، والحاكم يأخذ منه ويحفظه على صاحبه الغائب فإن ضاع عند الحاكم وجاء رب المال ضمن السارق الأول، قال ثمة: وإنما أخذه الحاكم على أنه إن سلم فهو لصاحبه وإن ضاع كان السارق الأول ضامناً وإنه يخالف المذكور في «الحاوي».

الشرط الثامن: أن لا يكون بين السارق والمسروق منه زوجية ولا رحم كامل إذ لا يمكن إيجاب القطع بالسرقة من المحارم ومن أحد الزوجين.

أما إذا كان السارق أباً أو أماً فلأن لكل واحدٍ منهما شبهة الملك في مال المسروق منه والشبهة كافية لدرء الحدِّ.

وأما إذا كان السارق ولداً، فلأن الولد يستحق النفقة في مال الوالدين إذا كان فقيراً فالاستحقاق إذا كان لا يثبت لمكان الغنى يثبت شبهة الاستحقاق لقيام شبهة، فالشبهة كافية لدرء الحد.

وأما إذا سرق من ذي رحم محرم سوى الوالدين والمولودين نحو الأخ والأخت والخال والخالة والعم والعمة لأن لقرابة هؤلاء سبب لاستحاق النفقة عند العسرة فعند اليسار يثبت شبهة الاستحقاق، وأما السرقة من أحد الزوجين فلأن الزوج كالمالك لزوجته، والزوجة كالمملوكة لزوجها، وسرقة المالك من مالكه لا توجب القطع.

ومما يتصل بهذه المسائل ما ذكر في «الأصل»: إذا سرق من امرأة ابنه أو من زوج ابنته أو من امرأة أبيه أو من ولد امرأته أو من أبيها أو من أمها فإنه لا يقطع في شيء من هذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله: يقطع إلا أن يكون المنزل للسارق أو لابنه أو لأبيه ولفت لشبهة أن الأصهار والأختان إذا سرق بعضهم بعضاً هل يقطع والختن: زوج كل ذي رحم محرم منه كزوج البنت والأخت وكل ذي رحم محرم من الختن، والصهر من حرم عليه مصاهرة كأم المرأة وأبيها وكامرأة الأب وكل ذي رحم محرم ممن حرم عليه بالمصاهرة وأولاد امرأته وكل ذي رحم محرم من أولادها.

وجه قولها: أن المتمكن في سرقة هؤلاء بعضهم من بعض شبهة الشبهة إذا لم يكن المنزل للسارق ولا لأبيه ولا لابنه ولا شبهة الحقيقة وشبهة الشبهة لا تمنع وجوب القطع وإنما قلنا: إن الثابت لهؤلاء شبه لشبهة، أما في زوج ابنته وهو الختن فلأن الثابت للبنت في منزل الزوج إباحة الدخول وشبهة الملك في ماله بسبب النفقة ولو كان الثابت للبنت حقيقة الملك في المنزل كان الثابت لأبيها شبهة الملك وأنها دون حقيقة للأب ما دون ذلك كان الثابت الملك وهو شبهة الشبهة، وأما في كل ذي رحم محرم من الختن كأخ الختن وأمه وأبيه لأن الثابت لا يثبت السارق في منزل محارم الختن حل الدخول كما لزوجها، وهو ختن السارق لأنهما شريكان في السكنى بسبب النكاح وإذا كان الثابت للبنت مجرد حل الدخول كان الثابت للأب شبهة الشبهة إلى الأصهار.

أما امرأة الأب فلأن الثابت لأب السارق في منزل امرأته إباحة الدخول، وفي ما لها شبهة الملك بسبب النكاح فيكون الثابت للابن ما دون ذلك، وذلك شبهة الشبهة.

وإذا عرفت الكلام في امرأة الأب ظهر الكلام في كل ذي رحم محرم من امرأة الأب من طريق الأولىٰ، لأن هؤلاء أبعد عن السارق من امرأة أبيه، بخلاف ما إذا كان المنزل للسارق ملكاً لأن له حقيقة الملك في الحرز، وبخلاف ما إذا كان المنزل لأب السارق أو لابنه لأن الدخول مباح له في منزل أبيه وفي منزل ابنه فإنما يمنع القطع بحقيقة الإباحة وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: المتمكن في سرقة هؤلاء شبهة الإباحة وحقيقة الإباحة مانعة من القطع فكذا شبهة الإباحة، وإنما قلنا ذلك إما إذا سرق من زوج ابنته وهو الختن؛ فلأن الثابت لابنته حقيقة إباحة الدخول في منزل الزوج فتثبت له، لأنه شبهة إباحة الدخول، ألا ترى أنه لو كان لها في المنزل حقيقة الملك يثبت للأب في المنزل شبهة الملك فكذا إذا ثبت لها في المنزل حقيقة إباحة الدخول يثبت للأب شبهة الإباحة.

وأما إذا سرق من ذي رحم محرم من زوج البنت فلأن الثابت لبنت السارق في منزل

كل ذي رحم محرم من زوجها حقيقة إباحة الدخول بحكم الشركة في السكنى؛ لأن المرأة مع الزوج شريكان في السكنى بسبب النكاح والدخول للزوج في منازل هؤلاء مباح من غير استئذان فتثبت الإباحة في حقها أيضاً فيكون لأبيها شبهة الإباحة أيضاً، وكذلك في جانب الأصهار بأن سرق من امرأة أبيه لأن الثابت للأب في منزل امرأته حقيقة الإباحة فيكون الثابت لابنه شبهة الإباحة، ألا ترى أنه لو كان للأب حقيقة الملك في المنزل يثبت للابن شبهة الملك فكذا إذا كان له حقيقة الإباحة يثبت للابن شبهة الإباحة.

وكذلك إذا سرق من كل ذي رحم محرم من امرأة الأب؛ لأن إباحة الدخول في منزل كل ذي رحم محرم منها ثابت للمرأة بحكم القرابة فيكون ثابتاً للأب بحكم الشركة في السكنى فيثبت لابنه شبهة الإباحة، وإذا سرق من أمه من الرضاع أو من امرأة حرمت عليه لتقبيله أمها أو ابنتها قطعت يده، لأن الثابت هاهنا ليس إلا حرمة المناكحة ولمجرد حرمة النكاح لا تثبت شبهة مانعة وجوب القطع [٤أ/ ٢].

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه إذا سرق من أمه من الرضاع لا قطع بخلاف أخته من الرضاع وغيرها، وعنه رواية أخرىٰ أنه لا قطع في السرقة عنهما لأنه يدخل بينهما من غير استئذان عادة.

وإذا سرق من امرأته المبتوتة المعتدة عنه في منزل على حده لا يقطع، وكذلك إذا سرقت المبتوتة المعتدة من منزل زوجها لا تقطع؛ لأن الدخول لكل واحد منهما في منزل الآخر مباح حال قيام العدة.

أما للزوج على المرأة للإطلاع عليها صيانة لمائه فإنها مشغولة بمائه.

وأما للمرأة فلأنها مأمورة بالسكنىٰ، حيث يسكن الزوج، قال الله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾ [الطلاق: ٦] وإذا بقي إباحة الدخول لكل واحد منهما ما بقيت العدة لا يجب القطع، هكذا ذكر في عامة روايات هذا الكتاب.

وذكر في بعض روايات هذا الكتاب وقال: يقطع إذا كان المنزل للمسروق منه دون السارق، ووجه هذه الرواية أن كل واحد منهما ممنوع عن الخلوة بصاحبه بعد الطلاق البائن لما ثبت من الحرمة فيما بينهما، وإذا حرمت الخلوة حرم الدخول، فيجب القطع كما بعد انقضاء العدة.

وإذا سرق الرجل من امرأته ثم طلقها وانقضت عدتها ثم رفع الأمر إلى القاضي فالقاضي لا يقطعه، لأن السرقة حال وجوبها وقعت غير موجبة القطع فلا يوجب القطع بعد ذلك، وهو نظير ما لو وهب من امرأته شيئاً ثم طلقها وانقضت عدتها، فأراد أن يرجع في الهبة، ليس له ذلك لأن الهبة حال وجودها لم تنعقد موجبة الرجوع، فلا يثبت حق الرجوع بعد ذلك.

وأما إذا سرق من أجنبية أو سرقت امرأة من أجنبي، ثم تزوجها قبل المرافعة إلى الإمام ثم ترافعا الأمر إلى الإمام وأقر السارق، فالقاضي لا يقطع، لأن الزوجية لو كانت معادية للسرقة منعت وجوب القطع لحقيقة الملك للسارق في المسروق وفي المسروق منه

إذا كان السارق زوجاً لشبهة الملك للسارق في المسروق بسبب النفقة، ولحقيقة الملك للمسروق منه في السارق إذا كان السارق زوجه لأن المرأة مملوكة للزوج ملك النكاح حقيقة فإذا وجدت الزوجية حال قيام السرقة من وجه دون وجه لبقائها من حيث الاعتداد وانقضائها من حيث الحقيقة، ثبتت في حق السارق والمسروق منه شبهة الملك، والشبهة ملحقة بالحقيقة في حق درء القطع.

فرق بين هذا وبين الهبة، فإن من وهب من امرأة شيئاً ثم تزوجها لا يبطل الرجوع، فلم يجعل اعتراض الزوجية مسقطاً حق الرجوع وجعل اعتراض الزوجية مسقطاً القطع، لأن الثابت باعتراض الزوجية، شبهة الملك، والشبهة توجب سقوط الحد ولا توجب سقوط الرجوع.

وفرق بين السرقة والوصية، فإن من أوصىٰ لامرأته ثم أبانها في حال الصحة ثم مات صحت الوصية لها، ولو أوصىٰ لأجنبية ثم تزوجها ثم مات وهي منكوحته لا تصح الوصية فقد اعتبر في الوصية حالة الموت، ولم يعتبر حالة الوصية، وفي السرقة اعتبر الحالين.

والفرق أن المانع من صحة الوصية وقوع حكمها للوارث، وحكم الوصية إنما يثبت عند الموت، فيعتبر منها حالة الموت فإن كان الموصى له وارثاً للموصي يوم الموت لا تصح الوصية، وإن لم يكن وارثاً تصح الوصية.

أما المانع من وجوب القطع فيما بين الزوجين حقيقة الملك للسارق في المسروق أو شبهة الملك فإذا كانت الزوجية قائمة وقت السرقة، فالثابت حقيقة الملك للسارق في المسروق، وإذا كانت الزوجية طارئة فالثابت وقت طريان الزوجية شبهة الملك للسارق في المسروق، فلهذا افترقا.

هذا الذي ذكرنا في مسألة السرقة إذا تزوجها قبل المرافعة إلى الإمام، فإذا تزوجها بعد المرافعة إلى الإمام فلا رواية للإمام محمد رحمه الله في هذه الصورة.

وعن أبي يوسف رحمه الله إذا تزوجها قبل القضاء بالقطع لا يقطع، وإن تزوجها بعد القضاء بالقطع يقطع وإذا سرق من دار مستأجرة قال أبو حنيفة رضي الله عنه بأنه يقطع، وقال أبو يوسف: لا يقطع. وقول محمد رحمهما الله مضطرب.

وجه ما ذهب إليه أبو يوسف لما مر من أن السرقة حصلت من حرز له فيه شبهة الملك فلا يقطع كما لو سرق من دار اشتراها على أن البائع بالخيار وإنما قلنا ذلك، لأن ملكه قائم في رقعة الدار بعد الإجارة، وأنه سبب لملك المنفعة فحقيقة الملك إن لم يثبت سبب الإجارة ثبتت شبهة الملك كما في قوله: «أنت ومالك لأبيك»[1].

وكما لو زوج أمته من إنسان ثم وطئها، فإنه لا يحد لأن ملك الرقبة يأتي بعد التزويج، وإنه سبب لثبوت ملك منفعة البضع فإن لم تثبت حقيقة الملك في منافع بضعها

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.

لمانع، وهو النكاح أورث شبهة الملك.

وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: هذه سرقة حلت عن الشبهة لأن الشبهة إنما تتمكن في السرقة إما في المال أو في الحرز ولم يتمكن في المال شبهة لأنه ليس للآخر في مال المستأجر لا ملك ولا شبهة ملك ولا في الحرز لأن الحرز عبارة عن التحصين، وأنه من منافع الدار، ومنافع الدار بعد الإجارة صار ملكاً للمستأجر بعقد الإجارة، فلا يبقىٰ له حقيقة الملك في منافع الدار [حتى] لو بقي بقي شبهة الملك بسبب ملك في الرقبة، ولا يجوز أن يبقىٰ له شبهة ملك في المنافع، لقيام ملكه في الرقبة، لأن الشبهة إنما تثبت في محل تثبت فيه الحقيقة، وحقيقة الملك في منفعة الدار مع قيام الإجارة لا تثبت للآخر بسبب من أسباب الملك، لا بالإجارة ولا بالإعارة فلا يثبت له من شبهة الملك مع قيام الإجارة بسبب ملك الرقبة بخلاف المال في حق الابن والابنة، لأن [٤ب/ ٢] المال محل التملك بسائر أسباب الملك، فيكون محلاً للتملك بهذه الإضافة فإن لم يعمل في إيجاب الملك لمانع شبهة الملك.

وبخلاف النكاح وذلك لأن المولىٰ في منافع بضع الأمة ملكان ملك منفعة كما يكون بالنكاح، وملك يمين كما في سائر المنافع، لأن ملكها بجميع المنافع ملك يمين.

حتىٰ لو اشترىٰ أمة هي أخته من الرضاعة ملك منافع بضعها ملك يمين وإن لم يملك ملك متعة فملك المتعة إن صار للزوج بالنكاح بقيت المنافع مملوكة له ملك يمين.

ولهذا قلنا إنه لو وجب البدل كان له والملك. . .[1]، فإن لم يعمل لمعارضة ملك آخر أو لحرمة أورث شبهة الملك فأما ههنا كان الثابت في منافع الدار قبل الإجارة ملك واحد، وهو ملك اليمين وزال ذلك كله إلى المستأجر، فلم يبق له فيها حقيقة الملك.

ولا يجوز أن تبقىٰ شبهة الملك لقيام ملكه في رقبة الدار لما ذكرنا، هذا إذا سرق لآخر من الدار التي أجرها، فأما إذا سرق المستأجر من الأجر لا شك أن على قول أبي حنيفة يقطع، وعلى قولهما ذكر في بعض روايات هذا الكتاب أنه لا يقطع قالوا: وإنه غلط، والصحيح أنه يقطع؛ لأنه ليس للمستأجر في حرز الآخر لا ملك ولا شبهه ملك.

وإن سرق من مديونه فهو على وجهين.

إما أن يكون سرق من جنس حقه قدر حقه بأن سرق دراهم أو زيادة عليه.

أو من خلاف جنس حقه بأن سرق عروضاً، وإما أن يكون الدين حالاً أو يكون مؤجلاً.

فإن سرق من جنس حقه والدين حال لا شك أنه لا يقطع سواء سرق قدر حقه، أو زيادة على حقه، أما إذا سرق قدر حقه فلأن كون المأخوذ من جنس حقه يبيح له الأخذ بقدر حقه، فأما إذا سرق زيادة على حقه فلأنه يصير في معنىٰ الشريك في المسروق.

وأما إذا كان الدين مؤجلاً والمسروق من جنس حقه فعنه قياس واستحسان،

---

(١) بياض بالأصل.

القياس: أن يقطع، لأنه سرق ما لا يباح له الأخذ فيقطع كما لو سرق من خلاف جنس حقه.

وجه الاستحسان: أن يكون المأخوذ جنس حقه يبيح له الأخذ فلأن لم يثبت حقيقة الإباحة هنا لمكان الأخذ ثبتت الشبهة والشبهة كافية لدرء الحد.

وإذا سرق من خلاف جنس حقه بأن سرق عروضاً يقطع، لأنه سرق ما لا يباح أخذه لا من طريق الحقيقة ولا من طريق الشبهة.

قال شيخ الإسلام رحمه الله في «شرح سرقة الأصل» عقيب هذا: إلا أن يقول السارق أخذته رهناً بحقي، فحينئذٍ لا يقطع، لأنه لما ادعىٰ الأخذ رهناً لحقه فقد ادعىٰ الأخذ بإذنه، لأن الرهن لا يكون رهناً إلا بالرضا، فصار مدعياً الإذن بالأخذ اقتضاء.

ولو ادعىٰ الإذن بالأخذ صريحاً أليس أنه لا يقطع كذا ههنا.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح هذا الكتاب: إذا سرق عروض مديونه استحسن أبو يوسف رحمه الله من أنه لا يقطع للاختلاف المعروف بين العلماء أن رب الدين إذا ظفر بخلاف جنس حقه هل له أن يأخذ ذلك رهناً بحقه واختلاف العلماء يورث شبهته، فاستحسن فقال: لا يجب القطع لهذا.

ولم يذكر في «الكتاب» أنه إذا كان الدين دراهم فسرق دنانير المديون، والصحيح أنه لا يقطع لأن النقود في حكم جنس واحد ولهذا قال أبو حنيفة رضي الله عنه: للإمام أن يأخذ أحد النقدين بالآخر من غير رضا المديون لقضاء حقه.

ومما يتصل بهذا الفصل: بيان ما يجب القطع لسرقته وما لا يجب

قال محمد رحمه الله: ولا قطع في سرقة الصيد لأنه تمكن فيه شبهة الإباحة، لأن بعد الإحراز صيد وإباحة أخذ الصيد قبل الأخذ لعدم الإحراز ولكونه صيداً على ما قال عليه السلام: «الصيد لمن أخذ»[١] فعدم الإحراز إن زال بالأخذ، فمعنىٰ الصيد به لم يزل، فيبقىٰ شبهة الإباحة ومع الشبهة لا يجب الحد.

وكذلك لا قطع في سرقة الفهد لأنه صيد، وكذلك لا قطع في سرقة الكلب لأنه مال تافه وليس بنفيس ألا ترىٰ أنه لا يرغب من كل آخذ، وكذلك لا قطع في الطير قال عليه السلام: «لا قطع في الطير»[٢] ولأنه تمكن فيه شبهة الإباحة، لأنه صيد بعد الإحراز وفي الصيود شبهة الإباحة.

ولم يذكر في «الكتاب» ما إذا سرق دجاجة، قالوا: وينبغي أن يجب القطع لأنه ليس فيها شبهة الإباحة لأنها ليست بصيد وشبهة الإباحة في مثل هذه الصورة لمكان الصيد به.

---

(١) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.

(٢) أخرجه الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٦٠.

وفي «المنتقىٰ»: لا قطع في الدجاج والبط، ولا قطع في شراب، لأنه إن كان حلواً فهو مما يتسارع إليه الفساد وإن كان مرّاً فإن كان خمراً فلأنها ليست بمتقومة، وفيما عداه (الخمر). من الأشربة فللعلماء في تقومها اختلاف، فلم يكن في معنىً ما ورد فيه النص لأن ما ورد فيه النص متقوم بلا خلاف.

حكي عن فخر الإسلام علي البزدوي أنه قال: إن كان شيء من ذلك يبقىٰ، فهو مال متقوم بالإجماع، يقطع فيه لأنه في معنىً ما ورد فيه النص.

ولا قطع في الطبل والبربط، أما عند أبي يوسف ومحمد رحمها الله، فلأنه لا تقوم لهما ولهذا لا يجب الضمان على متلفهما.

فأما عند أبي حنيفة رضي الله عنه، فلأن الأخذ للكسر مباح فهو بمنزلة مالو أخذ الطعام وهو محتاج إليه، ولأن للآخذ تأويل في أخذه لأنه قصد به النهي عن المنكر، وهو استعماله للتلهي فيصير ذلك شبهة، هذا إذا كان طبل لهو وأما طبل الغزاة فقد اختلف المشايخ في وجوب القطع لسرقته، إذا كان يساوي عشرة واختيار الصدر الشهيد رحمه الله [٥أ/٢] أنه لا يجب القطع، لأنه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فتتمكن الشبهة.

ولا قطع في سرقة الشطرنج وإن كان من ذهب والنرد يكون كذلك.

ولو سرق مصحفاً فلا قطع عليه، سواء كان مفضضاً أو لم يكن إن لم يكن مفضضاً فلأن أخذ المصحف يتطلب ما فيه حادة الحاجة إلى إقامة الشيء من دينه مباح، إلا أن الحاجة أمر باطن لا يوقف عليها فأقيم كونه مخاطب وهو سبب الحاجة إلى معرفة الأحكام مقام الحاجة، فكان الأخذ عن حاجة، والأخذ عن حاجة مباح بخلاف ما قبل الكتابة، لأنه لا حاجة إلى أخذ الأوراق، فكان الأخذ هناك لا لحاجة، ولأن المقصود ما في المصحف، ويقدر إيجاب القطع باعتباره، لأنه ليس بمال، وإن كان مفضضاً فكذلك، لأن ما عليه من الفضة يمنع فإذا لم يجب القطع باعتبار الأصل كيف يجب باعتبار التبع ولو سرق كتاباً من كتب الفضة لا قطع عليه لما قلنا في المصحف.

ولو سرق كتاباً من كتب الأدب ففيه اختلاف المشايخ.

منهم من قال: يقطع، لأنه لا حاجة له إلى أخذه لأن الحاجة إلى معرفة أحكام الشرع وليس في كتب الأدب أحكام الشرع.

ومنهم من قال: لا يقطع، لأنه يحتاج إلى معرفة ما فيه ليتوصل بواسطته إلى أحكام الشرع.

ويقطع في سرقة دفاتر الحساب لأنه لا يحتاج إلى أخذه، إذ ليس فيه أحكام الشرع، ولا ما يتوصل إلى أحكام الشرع.

وفي «المنتقىٰ»: قال أبو حنيفة رضي الله عنه في الرجل سرق الصنم من خشب: إنه لا يقطع، وقال أبو يوسف رحمه الله في سارق الصليب من ذهب أو فضة: أنه لا يقطع لأنه يعبد، وليس هذا كالدراهم التي فيها تماثيل، لأنها لا تعبد.

وفي «نوادر هشام» قال سمعت محمداً يقول: لا قطع في جلود السباع إذا سرقها

إنسان، وكذلك إن سرقها بعدما دبغت، قال: وأقطع في جلود السباع إذا كانت قد دبغت فجعلت مصلىٰ أو بساطاً.

ولا قطع في قصب النشاب، ولو اتخذه نشاباً ثم سرقه قطع، ولا قطع في الرخام، ولا في القدر من الحجارة.

وقال أبو يوسف: ويقطع في العاج والأبنوس.

وروى هشام عن محمد رحمه الله أنه قال: لا قطع في العاج ما لم يعمل، وهكذا روىٰ «البقالي» عن محمد رحمه الله في الأبنوس، فإذا عمل شيئاً قطعته.

قال «البقالي» وقيل: يجب أن لا يقطع في المعمول منهما.

ويقطع في الخل والعسل، رواه إبراهيم عن محمد رحمه الله، ويقطع في العود، والمسك، والأدنان والتمر، والزبيب، والورس، والزعفران، والوسمة اليابسة، والعنبر. وعن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنه لا قطع في عفص ولا إهليلج ولا أشنان ولا ملح وقد مرت مسألة الملح من قبل.

وعن أبي يوسف أنه قال: أقطع في الملح والعنب ولا أقطع في التين والماء والنبيذ والثمار، والطين، والجص، والنور، ولا يقطع الذمي في الخمر عند أبي يوسف ولا في الصليب إذا كان في مصلى لهم، وإن كان في بيت قطع.

ولو سرق مملوكاً صغيراً إن كان يعبر عن نفسه لا يقطع، وإن كان لا يعبر عن نفسه، فعلىٰ قول أبي حنيفة، ومحمد رحمهما الله يقطع قياساً، وعلى قول أبي يوسف لا يقطع إستحساناً، فوجه قول أبي يوسف: إنه سرق شيئاً يمكن فيه شبهة عدم المالية، فلا يقطع كما لو كان يعبر عن نفسه.

بيان هذا: أن المسروق قبل الرق لم يكن مالاً لكونه آدمياً، وبعد الرق بقي آدمياً تتمكن فيه شبهة عدم المالية من هذا الوجه، ووجه قولهما وهو الفرق بينما يعبر عن نفسه وبينما لا يعبر عن نفسه أن الذي يعبر عن نفسه في يد نفسه.

ولهذا لو قال: أنا حر، قبل قوله، وإذا كان في يد نفسه لا يتصور سرقته، لأنه يأخذه جهاراً، وأما الذي لا يعبر عن نفسه لا يد له، وفي يد مالكه كالدابة والثوب، متحقق سرقته.

وفي «المنتقىٰ»: إذا سرق عبداً صغيراً قيمته خمسمائة درهم وفي أذنه لؤلؤة تساوي خمسة دراهم قطعته.

الفصل الثالث
في الرجل يسرق شيئين أحدهما لا يجب القطع فيه أو يجب القطع فيهما

الأصل أن ما هو المقصود بالسّرقة إذا كان مما يجب فيه القطع وبلغ نصاباً يقطع بالإجماع، وإن كان ما هو المقصود بالسرقة مما لا قطع فيه لا يقطع، وإن كان معه غيره

مما يقطع وبلغ نصاباً وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله يقطع، بيانه في إناء ذهب أو فضة ثريد أو نبيذ أو ماء فسرقه إنسان فوجه قول أبي يوسف أن الذي فيه وإذا لم يجز به القطع يلحق بالعدم، فيبقىٰ الإناء مفرداً فيمنع من القطع مفرداً.

ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن الإناء تبع للمظروف، وهو المقصود بالأخذ، فإذا لم يجب القطع فيما هو الأصل، كيف يجب فيما هو التبع.

وعلى هذا: إذا سرق صبياً حراً وعليه حلي قيمته مائة مثقال، فلا قطع، سواء علم بالحلي أو لم يعلم، لأن الحلي تابع للصغير حقيقة، لأن الصبي إنما يتحلىٰ ليتزين به ماله من يقطع لصاحبها، ولا قطع في المتبوع، فكذا في التبع.

ذكر شيخ الإسلام رحمه الله مسألة الصبي في «شرحه» من غير ذكر خلاف، وذكر القدوري في «شرحه» أن على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: [٥ب/ ٢] لا يقطع، وعلى قول أبي يوسف: يقطع، قال القدوري: وقالوا جميعاً: إذا كان الصبي الحر يميز ويتكلم، فلا قطع بالإجماع، وإن كان عليه حلي لأن له يداً على نفسه، وعلى ما هو تابع له فكان أخذه حداً عاملاً يتعلق القطع به، وعلى هذا إذا سرق مصحفاً فيه كواكب من ذهب وفضة يبلغ عشرة دراهم فلا قطع علم بالكواكب أو لم يعلم إلا رواية عن أبي يوسف، لأن الكواكب صارت تبعاً للمصحف، ولا قطع في المتبوع ولا قطع في التبع أيضاً.

وفي «المنتقىٰ»: إذا سرق كلباً في عنقه طوق من مائة درهم لم أقطعه لأن الكلب لا قطع فيه، وإن سرق حماراً قيمته تسعة وعليه إكاف قيمته درهم قطع.

وإن سرق كوزاً فيه عسل قيمة الكوز تسعة دراهم وقيمة العسل درهم قطع، لأن العسل يقطع فيه.

وإن سرق إناء فضة فيه ثريد أو نبيد فلا قطع فيه، رواه هشام عن محمد رحمهما الله قال لأني أنظر إلى ما في جوفه، فإن كان لا قطع فيه فلم أقطعه، ولا قطع في الثريد، والنبيذ.

وفي «الأصل» إذا سرق خابية من خمر والظرف يساوي عشراً فلا قطع.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «شرحه» إذا شرب الخمر في الحرز ثم أخرج الظرف، والظرف مما يقطع من جنسه قطع.

وفي «فتاوى أهل سمرقند» إذا سرق قمقمة وفيها ماء وهي تساوي عشرة لا يقطع، لأن هذه السرقة غير موجبة للقطع من وجه من حيث إنه سارق للماء.

وبه فارق الكوز الذي فيه عسل، لأن هناك السرقة موجبة للقطع من كل وجه، ألا ترىٰ أنه لو انفرد كل واحد منهما وقيمته عشرة يقطع، فإن شرب الماء في الحرز وأخرج القمقمة يقطع.

قال في «القدوري»: إذا سرق منديلاً فيه صرة دراهم فعليه القطع، يريد به المنديل

الذي يشد فيه الدراهم عادة، لأن المقصود بالأخذ ما هو فيه.

ولو سرق ثوباً وفي طرفه دراهم مصرورة فإن أبا حنيفة رضي الله عنه قال: لا قطع فيه إلا أن يكون قيمة الثوب عشرة دراهم.

ولذلك كل شيء لا يكون وعاءً له في العادة، فلا قطع فيه حتىٰ يكون ذلك الشيء يساوي ما يقطع فيه.

وأراد بالوعاء الثوب الذي يوضع فيه الدراهم عادة كالمنديل، وما أشبه ذلك.

وقال أبو يوسف: إن علم بما فيه يقطع، وإن لم يعلم لا يقطع وهو إحدىٰ الروايتين عن أبي حنيفة رضي الله عنه.

وقال أبو يوسف رواية أخرىٰ عليه القطع علم أو لم يعلم. ولو سرق جوالقاً فيه مال أو جراباً أو كيساً فيه مال قطع به علم أو لم يعلم.

والفرق بين الثوب والجوالق على قول أبي حنيفة رضي الله عنه على ظاهر الرواية: أن في الجوالق لم يعلم بما فيه المظروف علم بأصله، فإن علم بكون الجوالق مملوءة فيكون سارقاً للمظروف قصداً لا تبعاً للظرف، وفي الثوب لم يعلم بما شد فيه أصلاً.

حتىٰ لو علم بأصل المشدود في الثوب لم يعلم بما يليه يقول يقطع أيضاً.

وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في «واقعاته» مسألة سرقة الثوب إذا كان فيه دراهم مصرورة أو كانت فيه دنانير قد شدّت والثوب لا تساوي عشرة أنه لا يقطع، قال رحمه الله: وتأويله إذا لم يكن الثوب وعاءً للدراهم والدنانير وتفسير الوعاء ما قلنا فأما إذا كان وعاء يقطع، لأن القصد منه يقطع على الدراهم والدنانير الأيدي.

لو سرق كيساً فيه دراهم كثيرة يقطع، وإن كانت قيمة الكيس دون الدرهم.

الفصل الرابع
في معرفة الحرز وكيفية الأخذ منه

قد ذكرنا أن المكان إنما يصير حرزاً بأحد أمرين:

إما أن يكون معداً لحفظ الأموال فيه.

أو بالحافظ غير أن الحرز بالحافظ يدل على الحفظ كالبناء وما يقوم مقامه، لأن الحرز في الحقيقة ما يمتنع وصول اليد إلى المال به ويصير المال محيطاً به فللاختفاء أثر في منع وصول اليد إلى المال كما للبناء وما أشبهه، ولمجرد الحافظ إن صار المال ممنوعاً ممن يريد أخذه فإن الحافظ يمنعه عن الأخذ لا يصير المال مختفيا به بل يبقىٰ على ظاهر الأرض فكان ناقصاً في معنىٰ الحرز فكان كالبدل عنه فلا يكون له غيره مع وجود البناء.

وعن هذا قال أصحابنا رحمهم الله: إن من سرق من الحمام في الوقت الذي يؤذن للناس بالدخول فيه لا يقطع، سواء كان للثياب حافظ ثمة أو لم يكن، لأنه لا عبرة

للحافظ ههنا لأنه وحده لا يقع به الحرز حقيقة واعتباراً، أما حقيقة فظاهر، وأما اعتباراً، فلأنه يبنىٰ للحرز كما يبنىٰ لمنافع أخر.

ولهذا لو سرق في وقت لا يؤذن للناس بالدخول فيه يقطع، وإذا لم يكن للحافظ عبرة صار وجود الحافظ وعدمه بمنزلة، ولو عدم الحافظ لا يجب القطع، لأنه بيت للناس فالدخول فيه والسرقة من مثل هذا الموضع لا يوجب القطع.

وذكر شيخ الإسلام في «شرحه» في مسألة السرقة من الحمام أن لا قطع على السارق، وإن كان ثمة حافظ، وقال هذا قول علمائنا رحمهم الله.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله هذه المسألة في «شرحه» أيضاً، وذكر أنه لا قطع على السارق، ولم يذكر فيها خلافاً ولم يذكر أن هذا قول من.

وذكر في «العيون»: أن على قول أبي حنيفة رضي الله عنه يقطع إذا كان ثمة حافظ وصورة ما ذكر في «العيون»: رجل سرق من حمام، فإن كان صاحبه جالساً عليه فسل [الثوب] من تحته قطع عند أبي حنيفة، وقال محمد رحمه الله: لا يقطع.

قال الصدر الشهيد: الفقيه أبو الليث [٦١أ/ ٢] رحمه الله اختار قول محمد في الحمام، فنحن نختار قوله أيضاً إننا عالة.

وإن سرق من مسجد قطع إن كان صاحب المتاع ثمة وما لا فلا كان المسجد ليس بحرز بنفسه لأنه لا يبنىٰ للحفظ وإنما يصير حرزاً بالحافظ فإن كان ثمة حافظ يصير محرزاً ومالا فلا.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمهما الله: قوم نزلوا جميعاً بيتاً أو خاناً، فسرق بعضهم من بعض متاعاً، وصاحب المتاع من متاعه حيث يحفظه أو كان المتاع تحت رأسه فلا قطع.

ولو كانوا في مسجد جماعة، وباقي المسألة بحالها يجب القطع، لأن البيت والخان كل واحد حرز بنفسه فما لم يخرج المسروق من الحرز لا يجب القطع، فأما المسجد فليس بحرز بنفسه وإنما يصير محرزاً فيه بالمالك، فإذا أخذه ونحاه عن المالك فقد وجد الإخراج عن الحرز فيجب القطع.

والدليل عليه: أنه إذا سرق من مسجد، ونحاه عن موضعه، فأخذ السارق قبل أن يخرج المتاع من المسجد يقطع.

وإذا سرق من بيت، وأخذ السارق قبل أن يخرج المتاع من البيت لا يقطع.

وعن أبي يوسف رحمه الله في رجل نزل بأرض فلاة ومعه جوالق ونام عنده لحفظه، فسرق رجل شيئاً منه، أو سرق الجوالق قطع، لأن الجوالق محرز بالحافظ مع ما فيه، ويستوي فيه إن أخذ جميعه أو بعضه تحت القطع، لأن المعنىٰ لا يختلف.

وكذلك إذا سرق فسطاطاً ملفوفاً قد وضعه ونام عنده لحفظه لأن الفسطاط محفوظ محرز.

وإن كان الفسطاط مضروباً فأخذه لم يقطع، لأنه سرق نفس الحرز ونفس الحرز ليس في حرز.

ولو سرق باب المسجد فلا قطع، إما لأنه ليس بمملوك للعباد، وإما لأنه ليس بمحرز، بل هو ظاهر.

وإذا سرق باب دار رجل فلا قطع، لأنه ليس بمحرز بل هو ظاهر. وإذا سرق ثوباً بسط على حائط في السكة لا يقطع، وكذلك إذا سرق ثوباً بسط على جص إلى السكة وإن بسط على الحائط إلى الدار أو على الجص إلى السطح قطع السارق.

إذا ثقب بيتاً، وأدخل يده فيه، وأخرج المتاع لا يقطع، ذكر المسألة في «الأصل» وفي «الجامع الصغير» من غير ذكر خلاف، وقال أبو يوسف في «الإملاء»: يقطع، دخل أم لا إذ المقصود هو الإخراج لا نفس الدخول، وقد حصل الإخراج.

واعلم بأن الحرز نوعان:

نوع يمكن الدخول فيه.

ونوع لا يمكن الدخول فيه.

فما يمكن الدخول فيه ما لم يدخل فيه، وأخرج المتاع عنه لا يقطع إلا على قول أبي يوسف.

وما لم يمكن الدخول فيه ما لم يدخل يده فيه، وأخرج المتاع لا يقطع.

بيان الأول: إذا ثقب البيت، وأدخل يده فيه وأخرج المتاع.

بيان الثاني: إذا شق الجوالق أن أدخل يده وأخرج المتاع يقطع، وإن لم يدخل يده فيه، ولكن كما شق الجوالق أُخرج المتاعُ فأخذه لا يقطع، وهذا لأن هتك الحرز مع إخراج المال شرط لوجوب القطع، لأن تمام السرقة بها، وما لم تتم السرقة لا يجب القطع، وإذا ثبت أن هتك الحرز شرط يشترط الكامل منه ما أمكن، وإنما يكمل هتك الحرز بالدخول فيه في البيت وأجناسه مما يمكن الدخول فيه اعتبار معنىٰ الكمال ممكن، وفي الجوالق وغيره مما لا يمكن الدخول فيه اعتبار معنىٰ الكمال غير ممكن، فاكتفي بالناقص، وهو إدخال اليد فمتىٰ أدخل يده فيه وأخرج المتاع يجب القطع وما لا فلا.

وعن هذا قلنا إن الرجل إذا كان في كمه دراهم مصرورة مشدودة جاء طرار[1] وسرقها إن كانت الدراهم داخل الكم بأن وضع الدراهم خارج الكم وربطه داخل الكم إن قطع الرباط وأخذ الدراهم لذلك مربوطة قطع، لأنه أدخل يده في الكم وأخرج الدراهم من الكم يتم هتك الحرز وإخراج المال فيقطع، وإن حل الرباط لا يقطع، لأنه وإن أدخل اليد في الكم لحل الرباط إلا أنه إذا حل الرباط تبقىٰ الدراهم خارج الكم فما أخرج الدراهم من الكم، فهو بمنزلة ما لو دخل البيت، ثم خرج وأدخل يده وأخذ شيئاً، وهناك لا يجب القطع فههنا كذلك.

---

(١) الطرّ: الشقُّ، والقطع، والخلْس، واللطم، والسقوط.

فإن كان الرباط خارج الكم: إن قطع الرباط وأخذ الدراهم كذلك مربوطة لا يقطع، لأنه أخذ الدراهم من خارج الكم، فإن حل الرباط يقطع، لأن بعد حل الرباط تقع الدراهم في الكم فإنما أخذ الدراهم من الحرز فيقطع.

وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف قال أبو حنيفة رحمهم الله: رجل كانت في كمه صرة فطرها رجل إن كان من خارج الكم لم يقطع، وإن كان أدخل يده في الكم طرها قطع، وقال أبو يوسف وهذا كله سواء ويقطع.

نوع آخر من هذا الفصل

إذا أخذ السارق قبل أن يخرج السرقة لا يقطع، وهذه المسألة في الحاصل على وجوه:

إما إن سرق من بيت مفرد وأخذ قبل الإخراج منه وفي هذا الوجه لا قطع لأن تمام السرقة بالأخذ والإخراج من الحرز ولم يوجد الإخراج أصلاً ولم يوجد الأخذ معنى، لأن البيت في يد المالك فما في البيت يكون في بيته أيضاً.

وأما إن سرق من بيت من دار فيها بيوت وأخرج إلى صحن الدار ولم يخرج من الدار حتى أخذ وفي هذا الوجه لا قطع أيضاً، لأنه لم يوجد الأخذ معنى ولم يوجد الإخراج من الحرز أيضاً لأن الدار كلها حرز واحد.

وأما إن سرق من صحن دار يشتمل على بيوت ولم يخرجها من الدار وفي هذا الوجه لا قطع أيضاً.

وإن كانت الدار كبيرة فيها مقاصر ومنازل، وفي كل مقصورة سكان على حدة كدار نوح، كدار غياث. . .[1] فسرق رجل من مقصورة سجاداً وأخرجها إلى صحن الدار قطع، لأن الأخذ قد وجد من كل وجه.

وكذلك الإخراج من [٦ب/ ٢] الحرز لأن كل مقصورة حرز على حدة، ومال كل إنسان يكون مقصور به لا بالدار، فكانت هذه المقصورة بمنزلة دور في محال مختلفة.

وعلى هذا لو أغار إنسان من أهل هذه المقاصير على مقصورة وسرق منها شيئاً قطع.

وفي الدار المشتملة على البيوت إذا كان في كل بيت ساكناً فسرق إنسان من أهل البيوت من بيت شيئاً لا يقطع، وما افترقا إلا بما قلنا.

ولو سرق من الدار سرقة ورمىٰ بها إلى خارج الدار ثم خرج وأخذ السرقة قطع عند علمائنا رحمهم الله إستحساناً.

ولو أخذ في الدار حتىٰ لم يمكنه الخروج والأخذ لا يقطع، والوجه في ذلك أن أخذ السارق إنما يتم إذا زال يد المالك صورة ومعنى، فأخذ السارق قائم لأن التمام صفة

---

(١) بياض بالأصل.

الأخذ والصفة إنما تثبت حال قيام الأصل فلا بد من قيام أصل الأخذ حتىٰ يستند لتمامه له، إذا ثبت هذا.

فنقول حال زوال يد المالك حال ما بعد الرمي إلى السكة، وفي هذه الحالة أخذ السارق ليس بقائم حقيقة، وإنما يعتبر قائماً تقديراً، واعتباراً إذا ظهر أن الرمي لإتمام الأخذ، وهذا لأن الرمي متردد بين أن يكون للتضييع - فإن من عادات السارق تضييع بعض المال على المسروق منه وأخذ البعض -، وبين أن يكون حيلة لإتمام الأخذ بأن يرمي فتفرغ يده، ليمكنه دفع رب المال متىٰ علم به وصده، على هذا أكثر السرقات.

فإذا خرج وأخذ المتاع ظهر أن الرمي لإمكان إتمام الأخذ لا للتضييع، فيعتبر أخذه قائماً تقديراً واعتباراً وزال يد المالك صورة ومعنى وأخذ السارق قائم فيتم أخذه، فيتحقق شرط وجوب القطع.

فأما إذا أخذ في الدار حتىٰ لم يمكنه الخروج وأخذ السرقة، ظهر أن الرمي ما كان لإتمام الأخذ فلا يصير أخذه قائماً وقت زوال يد المالك صورة ومعنى، فلا يمكن إتمامه فيبقىٰ ناقصاً، وأنه لا يكفي لإيجاب القطع.

وعن هذا قلنا: إن السارق إذا رمىٰ بالسرقة خارج الدار ثم خرج فلم يجدها بأن كان غيره أخذها وذهب، لا قطع على واحد منهما، ولذلك لو أن الداخل ناول صاحباً له خارج الدار ثم خرج وذهب لم يقطع واحد منهما.

وعن أبي يوسف: أن الخارج إذا أدخل يده في الدار وناوله الداخل لا قطع على واحد منهما.

أما الداخل فلأنه لم يوجد منه الإخراج من الحرز وأما الخارج فلأنه وإن أخرج المال من الحرز إلا أنه لم يدخل في الحرز.

فأما إذا كان الداخل إذا أخرج يده من الدار مع السرقة وناولها صاحبه يجب القطع على الداخل، لأنه وجد منه الدخول في الحرز والإخراج عن الحرز فتمت السرقة في حقه ولا قطع على الخارج لأنه لم يوجد منه لا الدخول ولا الإخراج.

وكثير من مشايخنا أخذوا بقول أبي يوسف، وقال: ما ذكر محمد رحمه الله في «الكتاب» محمول على ما إذا لم يخرج الداخل يده مع السرقة من الدار فأما إذا أخرج يجب القطع على الداخل كما هو قول أبي يوسف.

وفي «القدوري»: عن محمد رحمه الله أيضاً أن الداخل إذا أخرج يده من البيت مع السرقة، وناولها صاحبه أن عليه القطع.

وعن أبي يوسف رواية أخرى: أن الخارج إذا أدخل يده، وأخرج المتاع كان عليه القطع، لأن الدخول ليس بمقصود بعينه بل المقصود هو الإخراج، وقد وجد.

قال: لو أدخل يده في جوالق وأخذ المتاع أو أدخل يده في صندوق الصيرفي يجب القطع، وإن لم يوجد الدخول لما وجد الإخراج.

ولو وضع الداخل المتاع عند الثقب ثم خرج وأخذه هل يقطع؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في شيء من الكتب.

وقد اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: يقطع، لأن المال إنما صار مخرجاً بفعله، وبعضهم قالوا: لا يقطع، لأن المال وإن صار مخرجاً من الحرز بفعله إلا أن وقت وجود الفعل منه هو خارج من الدار، فلا يجب القطع كما لو أخرجه آخر.

بخلاف ما لو رمىٰ به إلى السكة ثم خرج وأخذه، لأن هناك المال صار مخرجاً من الحرز بفعله وقال ما وجد منه الفعل هو في الحرز حقيقة.

وقد صح عن علي رضي الله عنه أنه قال: إذا كان السارق ظريفاً فلا قطع عليه، وقيل: فكيف يكون السارق ظريفاً؟ قال: يدخل يده في الدار ويمكنها دخولها سارق البيت وجمع المتاع وطرح فيما في نهر كان في البيت ثم خرج وأخذه بأن كان للماء من القوم ما أخرج المتاع بنفسه، فلا قطع على السارق، وإن لم يكن للماء تلك القوة وإنما أخرجه بتحريكه، فعليه القطع، هكذا ذكر في «النوازل»، وذكر في موضع آخر: أن فيه اختلاف المشايخ؛ بعضهم قالوا: يقطع من غير تفصيل، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: وإذا سرق من القطار بعيراً فلا قطع، لأنه ظاهر وليس بمحرز ويستوي أن يكون معه سائق وقائد للسوق أو لم يكن، فلم يجعل القطار محرزاً بالسائق والقائد وإن كان السائق والقائد يحفظانه، لأن. . . محرزاً يكون قصده بفعله الحفظ وأما إذا كان قصده بفعله شيء آخر، والحفظ يحصل بطريق التبع فلا، وهذا لأن الحفظ إذا كان تبعاً كان فيه شبهة العدم ومع شبهة العدم لا يمكن إيجاب القطع. إذا ثبت هذا فنقول السائق والقائد. . . الحفظ وإنما يقصدان قطع المسافة والسوق، فلا يصيران محرزان، فلا يجب القطع بسرقته حتىٰ لو كان مع القطار من يمنعه للحفظ وكان المالك قائماً عليه يقطع بسرقته.

وإذا سرق جوالقاً عن ظهر دابة فلا قطع إلا إذا كان صاحبه قائماً عليه يحفظه فإن كان صاحب معه يستوي في وجوب القطع أن يعلم السارق بما في الجوالق أو لا يعلم.

الفصل الخامس
في القوم يشتركون في السرقة

وقد ذكرنا فيما تقدم [٧أ/ ٢] في القوم يشتركون في السرقة قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: في الرجال يدخلون في دار رجل فعلىٰ رجل منهم أخذ متاعه وحمله: فإنهم يقطعون إستحساناً، وذكر هذه المسألة في «الأصل» بعبارة أخرىٰ فقال:

جماعة دخلوا داراً فجمعوا المتاع وحملوه على ظهر رجل منهم وكان هو الذي خرج به، وقد خرجوا معه في عون قطعوا استحساناً، لأن هذه سرقة معهودة فيما بين السراق أن يتولىٰ بعضهم أخذ المتاع وحمله والبعض يكونوا رصداً يدفعون صاحب الدار إذا انتبه فلو لم نوجب القطع عليهم أدىٰ إلى سد باب القطع.

قالوا: هذا إذا كان الآخذ الحامل ممن يجب عليه القطع عند الانفراد، فأما إذا كان

الحامل والآخذ ممن لا يجب القطع عند الانفراد بأن كان صبياً أو مجنوناً لا يقطع واحد منهم، لأن غير الحامل في هذا الفعل تبع للحامل والآخذ، فإذا لم يجب القطع على من هو أصل كيف يجب على من هو تبع، وإن كان الذي ولي الحمل وأخذ من الكنز فكذلك الجواب على قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا قطع على واحد منهم.

وقال أبو يوسف: يجب القطع إلا على الصبي والمجنون، ذكر «القدوري» قول محمد وحده.

وذكر في «العيون» قول محمد مع أبي يوسف فوجه قولهما أن الحامل هو الأصل.

فإذا كان الحامل صبياً أو مجنوناً، فقد بطل حكم الأصل، فيبطل حكم التبع ضرورة.

وإذا كان الحامل عاقلاً بالغاً فلا خلل في الأصل، وإنما الخلل فيما هو تبع وسقوط الحد عن التبع لا يوجب سقوطه عن المتبوع.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: الفعل من الكل واحد، وقد تمكنت الشبهة في فعل واحد منهم، فسقط عن الباقين كالخاطىء والعامل إذا اشتركا في القطع.

وإذا حملوا المتاع على ظهر دابة وساقوها حتى أخرجت المتاع عن الحرز قطعوا، لأن فعل الدابة يضاف إلى السائق، فكأنهم أخرجوه بأنفسهم بخلاف الحمال على جواب القياس.

ولو أن السارق لم يسق الدابة بنفسه، ولكن خرجت الدابة بنفسها أو ذهبت إلى بيت السارق قبل خروج السارق من البيت أو بعده، فلا قطع على السارق ذكر هذا الفصل في «فتاوى أهل سمرقند»، وفي «القدوري»: وقال أبو حنيفة رضي الله عنه في صبي أو ذي رحم محرم من المسرو[ق] منه: إذا شارك مع غيره في السرقة فلا قطع على واحد منهما.

وقال أبو يوسف: يدرأ عن الصبي والمحرم، ولا يدرأ عن الأجنبي.

وإن كان أحدهما شريكاً للمسروق منه في المتاع فإنه لا يجب القطع على واحد منهما بالإجماع، فقد فرق أبو يوسف رحمه الله بين المحرم والصبي، وبين الشريك، والفرق: أن فعل الشريك ليس بسرقة أصلاً، فإنه مأذون في الأخذ فلم يكن فعل الآخر أيضاً سبباً موجباً بخلاف الصبي والمحرم، لأن فعل كل واحد منهما سرقة وقد امتنع وجوب القطع على أحدهما بمعنى اختص به فيجب على الآخر.

الفصل السادس
في ظهور السرقة

يجب أن يعلم بأن السرقة إنما تظهر بأحد أمرين:

إما بالبينة.

وإما بالإقرار.

وإن كان ظهورها بالإقرار: فالقاضي يسأله عن مالية السرقة فإن بين ذلك فالقاضي

يسأله عن المسروق، فإن المسروق إذا لم يكن مالاً لا يجب القطع بسرقته، فإن قال: سرقت مالاً، فالقاضي يسأله عن جنس المال، لأن من الأموال ما لا يجب القطع بسرقته، فإن بين جنس المال يسأله عن مقدار المال، وهذا إذا كان المسروق غائباً عن مجلس القضاء، وإن كان حاضراً في مجلس القضاء ويدعيه عنه المسروق منه فأقر السارق، فالقاضي لا يحتاج إلى السؤال عن المسروق وعن مقداره، ولكن ينظر إلى المسروق فإن أمكن إيجاب القطع بسرقته أوجبه، وما لا فلا.

ثم يسأله كيف سرق لجواز أنه ثقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع، وفي هذا الوجه: لا قطع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ثم يسأله عن المكان لجواز أنه سرق من غير الحرز، ولا يسأله عن الوقت، وإن احتمل تقادم العهد لأن تقادم العهد لا يمنع القطع بالإقرار ثم يسأله عن المسروق منه لجواز أن يكون المسروق منه ذا رحم محرم أو أحد الزوجين، فإن بين ذلك جملة الآن يقضي القاضي عليه بالقطع.

ويكتفي بالإقرار مرة واحدة عند أبي حنيفة ومحمد.

وعند أبي يوسف رحمهم الله: لا بد من الإقرار مرتين، لأثر علي رضي الله عنه: كان القطع حق الله تعالىٰ علىٰ الخلوص يجب أن يكون الإقرار فيه معتبراً بالشهادة، كالحد والرجم في باب الزنا.

ولهما: ما روي أن رسول الله ﷺ قطع سارقاً بالإقرار مرة، والمعنىٰ فيه أن الإقرار في المرة الثانية لا يفيد، إلا ما أفاده الإقرار في المرة الأولىٰ، فلا معنىٰ لاشتراطه كان القياس في باب الزنا كذا، لكن عرفنا ذلك بالنص، والنص الوارد في باب الزنا لا يكون وارداً في باب السرقة، لأن في باب السرقة نص بخلافه، وهو ما روينا من حديث رسول الله ﷺ.

وإذا أقر بالسرقة ثم رجع صح رجوعه، ولا يقطع، لأنه حد وجب لله تعالىٰ خالصاً بالإقرار، فيصح الرجوع كما في حد الزنا يوصىٰ أن الرجوع عن الإقرار يثبت شبهة الكذب في الإقرار، لكون الإقرار محتملاً للصدق والكذب، والحد لا يستوفى مع الشبهة، وإذ أقر بالسرقة ثم هرب، فإنه يتبع من فوره ويقطع مع أن هربه يورث تهمة الكذب في شهادته، لأن هذا النوع من التهمة ليست بما يعد قبل الشهادة، إذ لو كانت ما يعد ما [٧ب/ ٢] قبلت شهادته أبداً بخلاف الإقرار.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجلان أقرا بالسرقة مائة درهم ثم قال أحدهما: هو مالي، لا يقطع واحد منهما: أما الذي قال هو مالي، فلأنه رجع عن إقراره والرجوع في هذا الباب صحيح يسقط له الحد على ما ذكرنا.

وأما الآخر، فلأن القطع قد سقط عن الراجع بعد ثبوت الشركة بينهما في فعل السرقة، لأنهما أقرا بسرقة واحدة مشتركة بينهما فيصير ذلك شبهة في حق غير الراجع، فيسقط عنه القطع أيضاً.

ويستوي إن قال أحدهما هذه المقالة قبل القضاء بالقطع أو بعد القضاء قبل

الاستيفاء، نص عليه محمد رحمه الله، وهذا لأن الاستيفاء في باب الحدود يثبتها بالإمضاء فصار وجود هذه المقالة قبل الاستيفاء كوجودها قبل القضاء، ولو أقر أحدها، فقال سرقت أنا وفلان من فلان هذا الثوب الذي في أيدينا، ذكر محمد رحمه الله في «الأصل» هذه المسألة وجعلها على وجهين:

أما إن صدقه الآخر وفي هذا الوجه يقطعان بالإجماع، لأن الآخر لما صدقه صارا آخر من ما لصدقه، ولو أنهما أقرا بالسرقة إبتداءً وصدقهما المسروق أليس أنهما يقطعان كذا ههنا، وإن كذبه الآخر فهو على وجهين.

الأول: أن يقول لم أسرق أنا والثوب ثوبنا وفي هذا الوجه لا قطع على واحد منهما بالإجماع، وأما الذي قال: الثوب ثوبنا، فلأنه لم يقر بالسرقة.

وأما الآخر: فلأن المنكر للسرقة لما قال الثوب ثوبنا فقد أقر للمقر بالشركة في هذا الثوب وصح إقراره بالشركة، لأن الثوب في أيديهما لو صدقه الآخر ثبتت حقيقة الشركة، فإذا أكذبه الآخر ثبتت له شبهة الشركة في المسروق، وأنه كافٍ لدرء الحد.

وكان كمن أقر أنه سرق هذا الثوب من فلان فأقر المسروق منه بنصف الثوب للسارق فقال نصف الثوب لك وأنكر السارق، لم يقطع لأن المسروق منه أقر للسارق بالشركة في الثوب، ولو صدقه السارق ثبتت الشركة حقيقة، فإذا لم يصدقه ثبتت شبهة الشركة، وكذا ههنا.

وأما أن يقول: لم أسرق: لا أعرف الثوب.

وفي هذا الوجه اختلفوا: قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: يقطع المقر، وقال أبو يوسف: أحب إليّ أن لا يقطع المقر، والمنكر لا يقطع إجماعاً، وذكر في كتاب الحدود مسألة من هذا الجنس.

فقال: الرجل إذا أقر فقال زنيت بفلانة وفلانة حاضرة فأنكرت فقال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا يجب الحد على المقر.

وقال أبو يوسف، ومحمد: يجب، وأبو حنيفة رضي الله عنه فرق بين السرقة والزنا، ومحمد رحمه الله سوىٰ بينهما، وأبو يوسف رحمه الله فرق ولكن على عكس ما فرق أبو حنيفة.

وإذا أقر بالسرقة عند القاضي فيقول سرقت من فلان ووصف السرقة وفلان غائب قطع استحساناً، ولا ينتظر حضور الغائب وتصديقه المقر.

وفي «القدوري»: أن على قول أبي حنيفة، ومحمد رحمهما الله لا يقطع حتىٰ يحضر المسروق منه، ولو أقر أنه سرق وفلان من فلان ألف درهم قطع المقر عند أبي حنيفة رضي الله عنه لآخر، وهو قول أبي يوسف، ومحمد رحمهما الله، ولا ينتظر حضور شريكه.

قال محمد رحمه الله عبد لرجل في يديه عشرة دراهم أقر أنه سرقها من هذا الرجل وجعلها على وجهين:

أما أن أقر بسرقة مستهلكة أو بسرقة قائمة، وفي هذين الوجهين يصح إقراره في حق القطع، والمال فتقطع يد العبد، ويرد المسروق على المسروق منه إذا كان المسروق قائماً.

الوجه الثاني: أن يكون العبد محجوراً عليه، فإن أقر بسرقة مستهلكة صح إقراره في حق القطع لأن الإقرار بسرقة مستهلكة إقرار بالقطع وليس بإقرار بالمال، فإن الضمان لا يجب إذا كانت السرقة مستهلكة، وإقرار المحجور على نفسه بالحد المفرد صحيح.

وإن أقر بسرقة مال قائم بعينه في يده، فإن صدقه المولىٰ يقطع ويرد المال على المسروق منه، لأن السرقة في حق القطع ثبتت بإقرار المولىٰ وفي حق المال ثبتت بتصديق المولىٰ فتصير إنما لو ثبتت بالبينة وهناك الجواب كما قلنا، وإن كذبه المولىٰ في المال وقال: المال مالي فعلىٰ قول أبي حنيفة رضي الله عنه يصح إقراره في حق القطع والمال جميعاً فيقطع العبد ويرد المال على المسروق منه، وقال أبو يوسف يصح إقراره في حق القطع ولا يصح في حق المال فيقطع العبد ولا يرد المال على المسروق منه.

وقال محمد رحمه الله: لا يصح إقراره لا في حق المال ولا في حق القطع.

ذكر هذه المسألة في «المنتقى»: وقال: كان أبو حنيفة رضي الله عنه أولاً يقول: أصدق العبد على المتاع وأرده ولا أصدقه على القطع فلا أقطعه ثم قال: أصدقه على القطع فأقطعه ولا أصدقه على المتاع فلا أرده ثم قال: أصدقه على المتاع والقطع فأقطعه وأرد المتاع ولا يصح إقرار الصبي والصبية في السرقة، لأن الإقرار بالسرقة إقرار بما يضره والصبي لم يؤهل للتصرفات الضارة في حقه والتصرف الصادر من غير الأهل لا يعتبر.

وإن احتلم أو أحبل أو كانت امرأة فحبلت أو حاضت ثم أقرت صح الإقرار، لأن البلوغ شرعاً يثبت بهذه الأسباب وإن لم يوجد شيء من هذه الأشياء فإنما يحكم ببلوغها بالسن وقد اختلفوا في مقدار ذلك، وحق لمسألة الطلاق، فإذا أقر بالسرقة [٨أ/ ٢] مكرهاً فإقراره باطل. ومن المتأخرين أفتىٰ بصحته.

وسئل الحسن بن زياد رحمه الله: أيحل ضرب السارق حتىٰ يقر، قال ما لم يقطع اللحم لا يظهر العظم.

وإذا أقر بالسرقة طائعاً ثم قال: المتاع متاعي أو استودعته أو قال أخذته رهناً بدين لي عليه درأ القطع عنه، كما لو ثبت السرقة عليه بالبينة وإذا قضىٰ قاض على السارق بالقطع ببينة أو إقرار ثم قال المسروق منه: هذا متاعه لم يسرقه مني إنما كنت استودعته أو قال شهد شهودي بزور أو قال أقر هو بالباطل أو ما أشبه ذلك سقط عنه القطع، لأن بهذا الإقرار انتهت خصومته والخصومة شرط.

رجل قال: سرقت من فلان مئة درهم لا بل عشرة دنانير، يقطع في العشرة الدنانير ويضمن المئة الدرهم، يريد به إذا ادعى المقر له بالمالين، وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه، لأنه رجع عن الإقرار بسرقة المئتين يصح الرجوع في حق القطع دون الضمان وصح

الإقرار الثاني بالسرقة في حق القطع ومتىٰ وجب القطع بالسرقة الثانية انتفىٰ الضمان.

ولو أقر بسرقة مئة لا بل مئتين قطع ولم يضمن شيئاً، لأنه أقر بسرقة مئتين، ووجب القطع، وإذا وجب القطع، لا يجب الضمان، والمئة الأولىٰ لا يدعيها المقر له بخلاف المسألة الأولى.

ولو قال سرقت مئتين لا بل مئة، لم يقطع وضمن المئتين، يريد به إذا ادعىٰ المسروق منه المئتين، لأنه أقر بسرقة مئتين ورجع عنها، ولم يصح الرجوع في حق الضمان، فوجب الضمان، ولا يجب القطع، ولم يصح الإقرار بسرقة مئة، لأن المقر له لا يدعيها.

ولو قال: أنا سارق هذا الثوب، رفع القاف ولم ينونه وكسر الثوب قطع.

ولو قال: أنا سارقٌ هذا الثوبَ رفع القاف ونونه ونصب الثوب لم يقطع، لأن في المسألة الأولىٰ كلامه على السرقة الماضية كأنه قال سرقت هذا الثوب، وفي المسألة الثانية كلامه على السرقة في المستقبل، كأنه قال: أسرقه.

فكان إذا قال أنا قاتلُ زيدٍ معناه: قتلت زيداً، وإذا قال أنا قاتلٌ زيداً معناه: أقتله، وبعض هذه المسألة تأتي في فصل المتفرقات.

وأما إذا كان ظهور السرقة بالشهادة، فإنه يشترط شهادة رجلين عدلين، فلا يكتفىٰ بشهادة النساء بانفرادهن لا في حق القطع، ولا في حق المال.

وأما شهادة النساء مع الرجال فهي مقبولة في حق القطع، لأن القطع حد ولا مدخل لشهادة النساء في الحدود، ولذا الشهادة على الشهادة في السرقة تقبل على المال، ولا تقبل على القطع، لأنه تمكن فيها شبهة يمكن الاحتراز عنها وهي شبهة تمكن تهمة الكذب في موضعين، والحدود لا تثبت مع الشبهات.

وإذا شهد رجلان عدلان بذلك فالقاضي يقبل الشهادة على المال والقطع جميعاً.

ويسأل القاضي الشاهدين عن ماهية السرقة، ثم يسألهما عن المسروق منه، وعن جنسه، وعن مقداره، إذا لم يكن المسروق حاضراً في المجلس، فأما إذ كان حاضراً في المجلس لا يسألهما عن المسروق جنساً وقدراً ولكن ينظر إلى المسروق على نحو ما قلنا في فصل الإقرار، ثم يسألهما كيف سرق ويسألهما عن المكان أيضاً، ويسألهما عن الوقت أيضاً، لجواز أنه تقادم العهد فتقادم العهد في السرقة يمنع القطع بالبينة، ويسألهما عن المسروق منه أيضاً لما قلنا في فصل الإقرار، فإذا ثبت ذلك جملة وعرف القاضي الشهود بالعدالة قضىٰ عليه بالقطع، وإن لم يعرف القاضي الشهود بالعدالة لا يقضي بالقطع ما لم يتعرف عن حال الشهود بالسؤال عن الذكي، ويحبس السارق إلى أن تظهر عدالة الشهود.

فرق أبو حنيفة رضي الله عنه بين هذا وبين المال فإن في المال القاضي يقضي بظاهر العدالة ما لم يطعن الخصم في الشهود عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وههنا قال: لا يقضي بظاهر العدالة، والفرق يأتي في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالىٰ.

وفرقوا جميعاً بين هذا وبين المال في حق الحبس.

فإن في باب المال القاضي لا يحبس المشهود عليه ما دام في مسألة الشهود، وههنا قال: يحبسه.

والفرق أن في باب السرقة حقيقة السرقة إن لم تثبت بالشهادة قبل التزكية ثبت تهمة السرقة وبحقيقة السرقة يجب القطع، فتهمة السرقة توجب ما دونها وهو الحبس.

وفي باب المال لو ثبت المال حقيقة وامتنع عن الأداء يجب الحبس، فإذا ثبت تهمة وجوب المال قبل ظهور العدالة الشهود يجب ما دون ذلك وهو أخذ الكفيل.

فإن عدلت الشهود بعد ما حبس المشهود عليه إن كان المسروق منه حاضراً قضىٰ القاضي بالقطع، لأنه شرائط القضاء بالقطع، وإن كان المسروق منه غائباً، فالقاضي لا يقضي بالقطع، لأن القاضي في القضاء بالقطع يحتاج إلى أن يقضي بالسرقة قضاء للمسروق منه بالملك، وقضاء عليه بسقوط قيمة المسروق على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالىٰ، والقضاء على الغائب لا يجوز فلا بد من حضرته لصحة القضاء.

وإن كان المسروق منه حاضراً وقضىٰ القاضي عليه بالقطع ثم مات المسروق منه قبل استيفاء القطع، لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في «الكتاب».

وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يجب أن يكون لأبي حنيفة رضي الله عنه فيه قول أول وآخر على قوله الأول: لا يستوفي القطع وعلى قوله الآخر: يستوفي، وهذا القائل يقيس هذا بما إذا غاب الشهود قبل الإستيفاء، وهناك لأبي حنيفة رضي الله عنه قول أول وآخر، كذلك ههنا.

ووجه المقايسة أن حالة غيبة الشهود إنما امتنع الاستيفاء على قوله الأول باعتبار شبهة موهومة، فإنهما لو كانا حاضرين عسىٰ يرجعان أو يبدو لهما سكوت [٨ب/ ٢] ويتمكن فيهما سبب من أسباب الجرح كالعمىٰ والفسق، فمنع القطع على قوله الأول لشبهة موهومة، فلم يعتبر هذه التهمة على الآخر لأن المانع من القطع شبهة متحققة لا شبهة موهومة.

من قال غيبة المسروق منه تمنع الاستيفاء على قوله الأول والآخر جميعاً، ووجه ذلك أن المسروق منه وقت القطع مقضي عليه بسقوط القيمة وقضي له بالملك، لأن الاستيفاء الحد بها بالقضاء لأنه يستوفىٰ بولاية القضاء ولهذا قلنا: إن الحرج المتمكن في الشاهد بعد القضاء قبل الاستيفاء يمنع الاستيفاء كما يمنع القضاء، فدل أن الاستيفاء في باب الحدود له شبه بالقضاء، والمسروق منه مقضي عليه ومقضي وقت، وكذلك وقت الاستيفاء فكان عين المسروق منه ما معه، ولأنه الاستيفاء لكون المسروق منه مقضياً عليه ومقضياً له لا لشبهة موهومة.

وإذا شهد شاهدان على سرقة ثم غابا بعدما ظهرت عدالتهما أو غابا فاعلم بأن هذه المسألة على وجهين:

أحدهما: أنهما إذا غابا أولاً قبل القضاء.

والثاني: إذ غابا بعد القضاء قبل الإمضاء وفي الوجهين جميعاً القاضي لا يقضي ولا يمضي في قول أبي حنيفة الأول رضي الله عنه، وفي قوله الآخر يقضي ويمضي.

فأبو حنيفة رضي الله عنه على قوله الأول يعتبر الشبهة الموهومة، وعلى قول الآخر لا يعتبر، أما إذا فسقا أو عميا أو ارتدا أو ذهب عقلها، فإن كان ذلك قبل القضاء منع القضاء، لأن الشهادة لم تبق حجة بحدوث هذه العوارض، لأن هذه العوارض حرج في الشاهد ولا بد من قيام الحجة وقت القضاء، لجواز القضاء، فإن حدثت هذه العوارض بعد القضاء قبل الإمضاء، فإنه يمنع الإمضاء، لأن الإمضاء في باب الحدود شبيهاً بالقضاء من حيث إنه يملك، ولأن الإمضاء كأصل القضاء فما منع أصل القضاء منع الإمضاء.

وإذا شهد شاهدان على رجلين أنهما سرقا من فلان وبينا السرقة وأحد المشهود عليهما غائب لم يوجد منهما، ولم يقدر عليه فعلىٰ قول أبي حنيفة الآخر رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف، ومحمد رحمهما الله: يقطع الحاضر.

وفرق بين هذا وبينما إذا كان أحد الشريكين أب المسروق منه أو كان صبياً فإنه لا لها يقطع واحد منهما، لا أب المسروق منه ولا شريكه، وههنا قال: يقطع الحاضر وإن كان لا يقطع شريكه.

والفرق أن السرقة من الغائب وقعت موجبة القطع بدليل أنه إذا حضر وشهد عليه الشهود، فإنه يستوفىٰ منه القطع، فإذا وقعت موجبة للقطع فقيام الشركة فيما بينهما في فعل السرقة لا يورث شبهة في حق الحاضر.

وأما السرقة من الأب والصبي وقعت غير موجبة للقطع وأورث ذلك شبهة عدم الإيجاب في حق الآخر بسبب الشركة، لأن الشركة تقتضي المساواة، فإذا لم تثبت المساواة حقيقة لمانع ثبتت شبهة المساواة بسبب الشركة.

ونظير هذا في القتل إذا شهد شاهدان على رجلين أنهما قتلا عمداً وأحدهما غائب، فإنه يقتل الحاضر.

وبمثله لو كان أحدهما عامداً والآخر مخطئاً لا يقتل العامد، وما افترقا إلا من حيث أن فعل الغائب انعقد موجب القتل فقيام الشركة بينه وبين الحاضر في القتل لا يورث شبهة في حق الحاضر، فأما فعل المخطىء لم ينعقد موجباً للقتل في حقه فأورث ذلك شبهة عدم الإيجاب في حق العامد بسبب الشركة.

وفرق بين هذا وبينما إذا شهد كافران على كافر ومسلم سرقة مال، فإنه لا يقطع الكافر، كما لا يقطع المسلم وإن كانت هذه الشهادة حجة في حق الكافر، لأنها ليست بحجة في حق المسلم، وههنا قال: يقتل الحاضر مع أن هذه الشهادة لا تقبل في حق الغائب والفرق أن شهادة الكافر ليست بحجة في حق المسلم أصلاً، فتتمكن شبهة عدم كونها حجة في حق الكافر للشركة، لأن الشهادة قامت على سرقة مشتركة، والشركة تقتضي المساواة، وأما ههنا هذه الشهادة في حق الغائب حجة.

ألا ترىٰ لو حضر الغائب وشهدا عليه بالسرقة وثبتت السرقة في حقه أنه يقطع إلا أنه لم يجب العمل بها في حق الغائب لفوات شرطه وهو الإبكار، ولو لم يكن حجة أصلاً في حق أحدهما تتمكن شبهة البطلان في حق الآخر بسبب الشركة لا حقيقة البطلان فإذاً كان حجة في حق الآخر ولكنها لا تقبل لفوات الشرط، فتمكن من الشبهة في حق الحاضر دون ذلك فتكون شبهة الشبهة، وشبهة الشبهة لا تمنع الاستيفاء.

فإن جاء الغائب فقدمه رب المال إلى القاضي فالقاضي يأمره بإعادة البينة، لأن لما قامت من الشهادة على الغائب لم تقبل، لأنه ليس عنه خصم حاضر فصار وجودها والعدم بمنزلة.

ولو عدمت أليس أنه لا تثبت السرقة على الغائب فكذا إذا صار وجودها والعدم بمنزلة، وإذا شهد شاهدان على رجل أنه سرق بقرة، واختلفا في لونها فقال أحدهما: بيضاء، والآخر: سوداء، قبلت الشهادة عند أبي حنيفة خلافاً لهما، ولو كان هذا الاختلاف في القصب منع قبول الشهادة إجماعاً قال الكرخي: الاختلاف في لونين متشابهين كالحمرة والصفرة، فأما فيما لا يتشابهان كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة إجماعاً.

والصحيح أن الكل على الخلاف، ولو شهد أحدهما أنه سرق ثوراً وشهد الآخر أنه سرق بقرة لا تقبل الشهادة إجماعاً.

ولو شهدا أنه سرق ثوباً، وقال [٩أ/ ٢] أحدهما: هروي، وقال الآخر: إنه حروري، ذكر في نسخ أبي سليمان: أنه على الخلاف، وذكر في نسخ أبي حفص رحمه الله: إنه لا تقبل الشهادة إجماعاً.

وإذا قال المشهود عليه بالسرقة: هذا متاعي كنت استودعته فجحدني، أو اشتريته منه أو أقر لي بهذا، دريء الحد عنه في جميع ذلك.

الفصل السابع
في التداخل في حد السرقة

قال محمد ـ رحمه الله ـ في رجل سرق غير مرة فحد حداً واحداً فهو لذلك كله، يجب أن يعلم أن الحدود الخالصة لله تعالىٰ متىٰ اجتمعت تداخلت إذا كان الجنس واحداً.

ومعناه أنه يكتفىٰ بحد واحد، وهذا لأن المقصود من إقامة الحد وفائدتها الزجر عن مباشرة سببه في المستقبل، واحتمال حصول الأثر جار بإقامة الواحد ثابت فلو أقمنا الثاني لأقمنا مع احتمال عدم الفائدة، وأنه لا يجوز.

بخلاف ما لو أقيم الحد عليه مرة ثم سرق ثانياً، لأن هناك تيقنا أن الزجر لم يحصل بالأول حين سرق مرة أخرى، فلو أقمنا الثاني أقمنا مع التيقن بالفائدة.

جئنا إلى ضمان السرقات، فنقول: أجمعوا على أنه لو حضر أرباب السرقات وخاصموا وأثبتوا عليه السرقات: أنه لا يضمن لهم شيئاً من السرقات إذا هلكت في أيديهم أو استهلكوها، لأن الكل قد ثبتت عند القاضي بخصومة أربابها، ولا يثبت إلا قطع واحد فصار القطع الواحد مقابلاً بالسرقات كلها ومن ضرورته سقوط ضمان السرقات، لأن القطع مع الضمان في سرقة واحدة.

وأما إذا حضر واحد منهم أو اثنان وخاصم والباقون غيب فقطع القاضي السارق بخصومة الذي حضر ثم حضر الباقون، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا يضمن لهم شيئاً إذا هلكت الأموال عنده أو استهلكها.

وقال أبو يوسف، ومحمد رحمهما الله يضمن لهم قيمة سرقات الغائبين، فلا يضمن لمن كان حاضراً وقت الخصومة قيمة سرقته إجماعاً، فوجه قولهما أن المسقط للضمان القطع، والقطع استوفى سرقة الحاضر ولم يستوف إذاً سرقة الغائبين، لأن القطع لا يستوفىٰ إلا بعد ثبوت السرقة عند القاضي، ولم يثبت عند القاضي سرقة الباقين بخصومة من كان حاضراً بدليل أن الغائبين لو حضروا وادعوا السرقة، فالقاضي لا يقضي برد المال عليهم، وإن كان المال قائماً في يد السارق ما لم يقيموا البينة والتقريبما ذكرنا.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن القطع وقع عن السرقات كلها فلا يضمن شيئاً من السرقات كما لو حضروا جملة وخاصموا وبيان أن القطع وقع عن السرقات كلها أن السرقات بالله على الحقيقة في علم الله تعالىٰ، والقطع سيستوفىٰ حقاً لله تعالىٰ فلا يجب بالسرقات كلها إلا قطع واحد، فيقع القطع عن الكل في علم الله تعالىٰ.

إلا أن القاضي لما لم يعلم بسائر السرقات يحسب أن القطع بإزاء سرقة هذا الحاضر، فإذا ثبت الباقي من السرقات بالبينة ظهر للقاضي أن القطع بإزاء الكل حين وقع.

وكذلك إذ قذف غير مرة وضرب الحد كان الحد على الكل، وكذلك في الزنا وشرب الخمر، والمعنىٰ ما ذكرنا.

قال: فإن كانت السرقات قائمة ردها الإمام على أربابها، فالقطع لا يمنع رد السرقة لما بين بعد هذا إن شاء الله تعالىٰ.

الفصل الثامن
في السارق يقطع في سرقة فيسرقها ثانياً

قال محمد فيمن سرق ثوباً وقطع يده فيه ورد الثوب على المالك ثم عاد وسرقه مرة أخرىٰ: فالقياس أن يقطع ثانياً، وبه أخذ الشافعي رحمه الله، وهذه المسألة بيننا وبين الشافعي بناءً على مسألة أخرىٰ أن القطع هل يسقط قيمة المسروق في حق السارق قبل الرد عندما يسقط حتىٰ لو هلك في يده أو استهلكه لا ضمان عليه، فالرد وإن أعاد التقوم

إلا أن السبب المستدعي لسقوط القيمة قائم وهو الرد فقيام أثر ذلك وهو القطع يورث شبهة والحد يندرىء بالشبهات.

وعند الشافعي رحمه الله: القطع لا يسقط قيمة المسروق في حق السارق قبل الرد فقيام أثر القطع بعد الرد لا يورث شبهة، وسيأتي الكلام في تلك المسألة بعد هذا إن شاء الله تعالىٰ.

ولو سرق غزلاً وقطع يده فيه ورده على المالك فنسجه المالك فجعله ثوباً ثم سرق سرقة ثانياً قطع، وكذلك كلما غيّر قطع فيه ورد على المالك، فأحدث المالك فيه صنعاً لو أحدثه الغاصب في المغصوب ينقطع حق المالك فعاد السارق فسرقه قطع ثانياً لأن العين قد تتبدل ألا ترىٰ أنه انقطع حق المنصوب منه عنه وقيام القطع إنما يورث شبهة في ذلك العين الذي قطع فيه لا في عين آخر.

قال في «القدوري»: ولو سرق ثوب خز فقطع فيه ثم نقضه فسرق النقض لم يقطع، لأن هذا الصنيع لا يقطع حق المالك لو وجد من الغاصب، وأنه أمارة قيام العين، ولو غزله غزلاً قطع، لأن حق المغصوب منه ينقطع بمثله، وأنه أمارة تبدل العين، وفيه أيضاً؛ لو غصب بقرة، وقطع فيها ثم ردها على المالك فولدت في يد المالك ولداً ثم سرق الولد قطع، لأن الولد عين آخر سوى الذي قطع فيه.

ولو قطع في عين ورد ذلك العين على المالك وباعه [٩ب/ ٢] المالك من إنسان ثم اشتراه فعاد السارق وسرقه ثانياً، لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في الكتب.

واختلف المشايخ فيه: فمشايخ العراق يقولون: لا يقطع لأن العين إن تبدل حكماً بتبدل السبب فهو قائم من حيث الحقيقة والاسم، فتتمكن شبهة سقوط القيمة لقيام القطع كما قبل البيع.

ومشايخ ما وراء النهر يقولون: لا يقطع، لأن العين حين لم يكن متبدلاً حكماً وحقيقة كان الثابت بسبب قيام القطع شبهة، وسقوط القيمة لا حقيقة سقوط القيمة، فإذا كان قائماً حقيقة وتبدل حكماً ثبتت من الشبهة دون ما لو كان قائماً من كل وجه، وليس لك إلا شبهة الشبهة، وشبهة الشبهة لا تمنع استيفاء الحد.

الفصل التاسع
في السارق يرد السرقة على المالك

هذا الفصل على أوجه:

الأول: أن يرد السارق السرقة على المالك قبل المرافعة إلى الإمام، وفي هذا الوجه لا قطع على السارق شهد الشهود عليه بالسرقة أو لم يشهدوا.

أما إذا لم يشهدوا فظاهر، وأما إذا شهدوا فلأن الشهادة على السرقة لا تقبل بدون الدعوىٰ، لأن الشهادة بالمسروق شهادة بالمال للمسروق منه، والشهادة بالمال لا تسمع

بدون الدعوىٰ، ودعوى السرقة من المالك بعد ما وصل إليه المال لا يصح، لأنه لا يدعي لنفسه مالاً بهذا الدعوىٰ، وإنما يدعي القطع والمسروق منه أجنبي عن القطع فصار دعواه فسرقة في حق القطع ودعوىٰ أجنبي آخر سواء ثم لا يقطع بدعوىٰ أجنبي آخر فكذا بدعوى المالك.

وروي عن أبي يوسف في «النوادر»: أنه يجب القطع على السارق في هذه الصورة وما قاله أبو يوسف قياس، ما ذكرناه استحسان.

وستأتي المسألة في فصل المتفرقات.

الوجه الثاني: أن يرد السرقة بعدما رفع المسروق منه الأمر إلى الإمام وشهد الشهود بالسرقة، إلا أن القاضي لم يقض بشهادتهم، وهذا الوجه لم يذكره محمد رحمه الله في شيء من الكتب، إنما ذكره الكرخي في كتابه، وذكر أن القاضي لا يقضي بالقطع قياساً.

إلا أني أستحسن وأقضي عليه بالقطع وإنما استحسن ذلك، لأن السرقة قد ظهرت عند القاضي بما هو حجة بناءً على خصومة معتبرة، وهي خصومة المالك فلو امتنع القضاء إنما يمتنع بسبب رد السرقة من حيث أن بالرد تمتنع الخصومة، ولا وجه إليه لوجهين.

أحدهما: أن يرد العين على المالك، في هذه الصورة لا تنعدم الخصومة، لأن الرد في هذه الصورة منهي للخصومة، لأن المقصود من خصومة المالك الاسترداد وحصول المقصود بالشيء ينهيه. والمنتهي يكون منفرداً في نفسه، فلا تنعدم الخصومة التي هي شرط القضاء بالقطع وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

الوجه الثاني: إن قلنا إن الخصومة تنعدم لكن انعدام الخصومة وقت القضاء لا يمنع القضاء.

بيانه: وهو أن القياس يأبىٰ اشتراط الدعوىٰ والخصومة في حق القطع، لأن القطع حق الله تعالىٰ، وفي حقوق الله لا يشترط الدعوىٰ كما في حد الربا وحد شرب الخمر، لكن شرطنا الدعوىٰ في الابتداء، إلا أن سبب وجوب القطع أخذ مال الغير على سبيل السرقة، والشهادة على أخذ مال الغير لا يسمع بدون دعوىٰ المأخوذ منه، كما في الغصب فشرطت الخصومة عند سماع البينة ليظهر سبب وجوب القطع وبعدما سمعت البينة وظهرت السرقة لو شرطت الخصومة شرطت لأجل القطع.

الوجه الثالث: إذا رد السرقة بعد سماع البينة وبعد القضاء بالقطع قبل القطع، وفي هذا الوجه لا يمتنع القطع استحساناً، لأنه لما لم يمتنع القضاء استحساناً بالرد قبل القضاء فكذا لا يمتنع الاستيفاء بالرد بعد القضاء قبل الاستيفاء.

هذا إذا رد المسروق على المسروق منه، وأما إذا رده على ولده أو على زوجته أو على والده فهذا الفصل مع فصول أخر يأتي في فصل المتفرقات إن شاء الله تعالى.

وفي «الأصل» يقول: إذا رفع الأمر إلى القاضي وأقر السارق بالسرقة، والسرقة في يده ردها القاضي على صاحبها وقطعت يد السارق، لأن السرقة قد ظهرت عند القاضي

بما هو حجة وهو الإقرار بناءً على خصومة معتبرة لو امتنع القطع بما يمتنع بسبب الرد على المالك، ولا وجه إليه لما ذكرنا.

ومما يتصل بهذا الفصل: إذا وهب المسروق منه السرقة من السارق بعد القضاء بالقطع قال محمد رحمه الله: وإذا قضىٰ القاضي على السارق بالقطع ثم إن المسروق منه وهب السرقة من السارق قبل استيفاء القطع درىء عنه القطع، قال القدوري في «شرحه»: وقال أبو يوسف: إذا كان بعد الترافع لا يسقط القطع، وهو قول الشافعي.

والحجة لأبي حنيفة، ومحمد رحمهما الله: أن السرقة على اعتبار الهبة يتمكن فيها أو بعض أفعالها شبهة الإباحة، فيمتنع استيفاء القطع بالحديث المشهور، وهو قوله: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»[1] بيان الوصف أن السرقة على اعتبار الهبة تقع وسيلة إلى الصلاح أو شرطاً للصلاح، لأنها وقعت وسيلة إلى الملك وشرطاً لثبوت الملك، لأن القبض شرط ثبوت الملك بالهبة، والملك مصلحة حقيقة وشرعاً، والأصل في [١٠أ/٢] شروط الصلاح ووسائلها الإطلاق، والحل يحصل للصلاح وتمكيناً للمكلف من استيفاء المصالح فلإن لم تثبت حقيقة الحل، والإطلاق وههنا لا أقل من أن تثبت شبهة الحل والتقريب ما ذكرنا.

الفصل العاشر
في السارق يحدث في السرقة قبل إخراجها وبعد إخراجها

قال في «الجامع الصغير» محمد رحمه الله: رجل سرق ثوباً قيمته عشرة فشقه في الدار بنصفين ثم أخرجه فهذا على وجهين.

الأول: أن يكون قيمته بعد الشق أقل من عشرة دراهم، وفي هذا الوجه لا قطع على السارق، لأن السرقة تمت على ما دون النصاب.

الثاني: أن يكون قيمته بعد الشق عشرة دراهم، وأنه على وجهين.

الأول: أن يكون الشق فاحشاً، وفي هذا الوجه إن اختار لمالك ترك الثوب على السارق، وضمنه قيمة الثوب صحيحاً، لا يقطع، لأن السرقة تمت على ملك السارق، لأنه بالضمان ملك المسروق من وقت الأخذ، وإن اختار أخذ الثوب وضمنه النقصان، قال أبو حنيفة، ومحمد رحمهما الله: يقطع، وقال أبو يوسف: لا يقطع.

فوجه قول أبي يوسف: إن السرقة قد تمت وقد انعقد له سبب الملك، فلا يوجب القطع، وإن لم يتم ملكه فيه كما لو سرق ثوباً اشتراه بشرط الخيار للبائع ثم فسخ البائع البيع.

---

(١) أخرجه الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٣٣، والخطيب البغدادي في تاريخ بغداد ٩/ ٣٠٣، والعجلوني في كشف الخفاء ١/ ٧٣، والمتقي الهندي في كنز العمال ١٢٩٥٧، ١٢٩٧٢.

ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: أن السرقة قد تمت، وليس للسارق في المسروق ملك، ولا سبب ملك. بيانه: أن الشق ليس بسبب للملك، وضعاً بل هو سبب لوجوب القيمة، إلا أنه إذا وجبت القيمة وثبت الملك للمالك في القيمة يزول المشقوق عن ملك المالك إلى ملك السارق ضرورة أمر آخر فلا يوجب ذلك خللاً في الجناية، فلا يمنع القطع، وإن كان الشق يسيراً يقطع، ويضمن السارق قيمة النقصان للمالك بالإجماع، فأبو يوسف يحتاج إلى الفرق بين الخرق اليسير وبين الخرق الفاحش.

والفرق أن الخرق إذا كان فاحشاً إنما امتنع وجوب القطع، لأن السرقة قد تمت وللسارق فيه سبب الملك، فإن الخرق الفاحش سبب الملك هذا المعنىٰ ههنا معدوم، لأن الخرق اليسير ليس سبباً للملك أصلاً، ألا ترىٰ أن في الخرق اليسير أن المالك لو أراد أن يترك الثوب عليه ويضمنه القيمة ليس له ذلك؟ ولا كذلك في الخرق الفاحش، وفي هذه المسألة نوع إشكال، فإنه أوجب ضمان النقصان مع القطع. والقطع مع الضمان لا يجتمعان عندنا.

والجواب عن هذا أن يقال: بأن القطع مع الضمان إنما لا يجتمعان عندنا كيلا يؤدي إلى الجمع بين جزاء الفعل، وبدل المحل في جناية واحدة، وههنا لا يؤدي إلى ذلك، لأن القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان يجب بالخرق والخرق ليست من السرقة في شيء.

وفي «القدوري»: إذ خرق الثوب تخريقاً يصير به مستهلكاً وقيمته بعد تخريقه عشرة فلا قطع عليه في قول أبي حنيفة، ومحمد رحمهما الله، لأن الخرق إذ كان استهلاكاً للثوب فتعين الضمان، ويصير الثوب مملوكاً للسارق والسرقة تمت على ملك السارق فمنع القطع، ولو سرق شاة وذبحها في البيت ثم أخرجها بعد الذبح لا يجب القطع، وإن كانت قيمتها مذبوحة تبلغ عشرة دراهم عندهم جميعاً، وأما إذا اختار يضمن جميع القيمة فظاهر.

وأما إذا اختار يضمن النقصان فكذلك الجواب عندهم، عند أبي يوسف لعلتين:

إحداهما: أن السرقة قد تمت، وللسارق سبب الملك في المسروق.

الثاني: أن السرقة تمت على اللحم، وسرقة اللحم لا تنعقد موجبه للقطع. وذكر شيخ الإسلام في «شرحه» مسألة الشاة على هذا الوجه.

وذكر ابن سماعة في «نوادره» عن أبي يوسف في مسألة الشاة أن للحم إذا كان يساوي عشرة دراهم فإني أقطعه وأضمنه النقصان.

قال محمد رحمه الله وإذا سرق ثوباً فصبغه أحمر أو أصفر ثم قطع يده، قال أبو حنيفة، وأبو يوسف رحمهما الله: ينقطع حق المسروق منه عن العين حتىٰ لا يؤخذ الثوب من يد السارق.

وقال محمد رحمه الله: لا ينقطع حق المسروق منه عن العين، فيأخذ المسروق منه الثوب، ويعطىٰ السارق قيمة ما زاد الصبغ فيه.

فوجه قول محمد رحمه الله: أن حق المسروق منه في الثوب قائم من كل وجه بعد الصبغ، لأنه لم يثبت شيء من تركيب الثوب بالصبغ، وحق السارق في الصبغ قائم من كل وجه، فاستويا في القيام فطلبنا الترجيح من وجه آخر.

فقلنا: إن صاحب الثوب صاحب أصل، وصاحب الصبغ صاحب تبع وأبداً الترجيح للأصل، بهذا الطريق صاحب الثوب يرجح في باب الغصب.

ولأبي حنيفة، وأبي يوسف رحمهما الله: أن حق السارق في الصبغ قائم من كل وجه، وحق المسروق منه في الثوب قائم من وجه، هالك من وجه من حيث إنه لم يثبت شيء من تركيب العين وحقه في العين كان حقه قائماً من كل وجه ومن حيث إن قيمة العين سقطت تقطع يد السارق.

وما لا قيمة له كالهالك كان حقه كالهالك وكان حقه قائماً من وجه دون وجه، فأما حق السارق في الصبغ قائم من كل وجه [١٠ب/ ٢] عيناً وقيمة، فرجحنا القائم من كل وجه على القائم من وجه.

وفي «نوادر ابن سماعة»: إذا صبغ الثوب المسروق، قال أبو حنيفة رضي الله عنه: أقطعه، ولا سبيل لصاحب الثوب على الثوب، وهو السارق.

وقال أبو يوسف: القياس وأنا أستقبحه ولا أستطيع أن قول غيره لأني إن جعلته شريكاً في الثوب لأجل الصبغ درأت عنه القطع، وكذلك إذا ضمنته الثوب.

وفي «نوادر ابن سماعة» أيضاً: عن محمد رحمه الله: إذا قطع السارق وقد صبغ الثوب حتىٰ لم يكن لصاحب الثوب أن يأخذ الثوب أو خاطه قميصاً حتىٰ لم يكن لصاحب الثوب أن يأخذ الثوب، أفتي للسارق أن يبيع الثوب ويأخذ من ثمنه ما زاد الصبغ فيه ويتصدق بالفضل. وكذلك يبيع القميص ويأخذ منه قيمة خيوطه ويتصدق بالفضل، ولذلك الحيطة يأخذ منها مقدار نفقته عليها، ويتصدق بالفضل. ولو صبغه أسود فعلىٰ قول أبي حنيفة رضي الله عنه السواد نقصان، فلا يوجب انقطاع حق المسروق منه، وعندهما السواد زيادة كالحمرة فصار الجواب عندهما في السواد نظير الجواب في الحمرة والصفرة.

ولو سرق من آخر ثوباً فقطعه قباء، وقميصاً ثم قطع يده فهذا على وجهين.

الأول: يقطعه ويخيطه، وفي هذا الوجه ليس للمسروق منه أن يأخذه، لأن الخياطة زيادة، والزيادة توجب انقطاع حق المالك عن العين ألا ترى أن حق المغصوب منه نقطع عن العين بالقطع والخياطة، ولا يضمن قيمة الثوب للمسروق منه؟

بخلاف الغاصب، لأن قطع يد السارق يسقط قيمة المسروق حقه، وفي حق المالك وبدون القيمة لا يمكن إيجاب الضمان، ولا كذلك المغصوب.

وإن قطعه ولم يخطه كان لصاحب الثوب أن يأخذ الثوب ولا يضمنه أما بأخذ الثوب، لأن مجرد القطع نقصان، والنقصان: لا يقطع حق المالك عن العين كما في الغصب، ولا يضمن النقصان الحاصل بالقطع، لأن النقصان فوات بعض المحل.

ولو أتلف السارق كل الثوب بعد قطع اليد أليس أنه لا يضمن في «ظاهر الرواية»، فكذا إذا أتلف بعض الثوب.

ولو سرق ذهباً أو فضة يجب فيها القطع، يصنع الفضة والذهب دنانير قطع يده ورد الدراهم والدنانير على المسروق منه عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وقالا: لا سبيل للمسروق منه على الدارهم والدنانير، وهذه المسألة فرع مسألة كتاب الغصب أن من غصب آخر ذهباً أو فضة وضربها دراهم أو دنانير على قول أبي حنيفة لا ينقطع حق المغصوب منه عن العين، وعلى قولهما ينقطع، فكذا في حق السارق.

ثم إن محمداً رحمه الله قال في هذه المسألة: تقطع يد السارق. وهذا لا يشكل على قول أبي حنيفة، لأن المسروق بهذه الصفة لم يصر ملكاً للسارق.

فأما على قولهما فقد اختلف المشايخ بعضهم قالوا: لا تقطع يده، لأنه ملك المسروق، وأنه مانع من القطع، وبعضهم قالوا: تقطع، لأنه ما ملك عين المسروق إنما ملك غيره.

الفصل الحادي عشر
في هلاك المسروق واستهلاكه

قال محمد رحمه الله: السارق إذا قطعت يمينه والمسروق قائم في يده كان للمالك أن يأخذه من يد السارق، لأن بعد القطع المسروق باق على ملك المالك فإنما يأخذ ملك نفسه، فكان له ذلك. وأما إذا هلك بيده أو استهلكه بنفسه، وكان ذلك بعدما قطعت يمينه ففي الهلاك لا ضمان على السارق، وفي الاستهلاك روايتان. وإن كان الهلاك أو الاستهلاك قبل قطع يده إن قال المالك أنا أضمنه لا يقطع عندنا، وإن قال أنا أختار القطع يقطع ولا ضمان عندنا، خلافاً للشافعي.

المسألة أن القطع مع الضمان لا يجتمعان في سرقة واحدة عندنا، والوجه في ذلك أن إيجاب الضمان بالسرقة يعتمد كون المسروق مغصوباً حقاً للمالك وقت السرقة والمسروق غير معصوم حقاً للمالك وقت السرقة. بيانه: وهو أن المال معصوم بعصمة واحدة وهذه الواحدة حق العبد، وهذا لما عرف أن الله تعالىٰ خلق الأمول مباحاً في الأصل، وإنما تثبت العصمة بالإحراز لحق العبد وهذه العصمة تنقلب إلى الله تعالىٰ قبيل السرقة.

بدليل أن القطع الواجب بالسرقة وجب حقاً لله تعالىٰ خالصاً وإنما يجب القطع حقاً لله تعالى خالصاً إذا كانت الجناية واردة على حق الله تعالى خالصاً وأن يكون الفعل جناية لا على اعتبار عصمة المحل، علم أن المحل قبيل السرقة معصوماً حقاً لله تعالىٰ.

وإنما يكون كذلك إذا انتقل مال العبد من العصمة إلى الله تعالىٰ قبيل السرقة، فهو معنىٰ.

وقلنا: إن المسروق قبيل السرقة ليس بمعصوم حقاً للعبد، والتقريب ما ذكرنا. ثم في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله: لا فرق بينهما إذا هلك المسروق في يد السارق، وبينما إذا استهلكه السارق؛ لأن المال لم يبق معصوماً حقاً للعبد والاستهلاك صادف محلاً هو ليس بمعصوم حقاً للعبد وبمثله لا يجب الضمان، بخلاف ما إذا استهلكه إنسان آخر، لأن سقوط عصمة المحل إنما تظهر في حق السارق لا في حق غيره.

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه يجب الضمان على السارق بالاستهلاك، لأن انتقال العصمة إلى الله تعالىٰ إنما كان لضرورة إمكان إيجاب القطع بالسرقة، فيظهر الانتقال في حق وجوب القطع، وفي حق السرقة الضمان حكم آخر والإتلاف حكم آخر، فلا يظهر انتقال العصمة في [١١أ/ ٢] حق وجوب الضمان بالإتلاف، فكان الإتلاف مصادفاً محلاً معصوماً حقاً للعبد، فجاز أن يجب به الضمان.

وفي «المنتقىٰ»: رجل سرق من آخر ثوباً فغصبه آخر منه يقطع السارق، ويضمن المسروق منه الغاصب قيمة ثوبه إن كان مستهلكاً.

ابن سماعة عن محمد رحمه الله: إذا قطع السارق في السرقة وقد استهلكها أمر أنه فيما بينه وبين ربه أن يرد قيمتها، وإن كان لا يقضىٰ عليه بذلك لأنه لم يستهلك ما ليس له.

وفي «المنتقىٰ»: قطع السارق والعين قائم في يده قد غيبه ثم استهلكه رجل آخر فلا ضمان على المستهلك لا للمسروق منه للقطع الذي مضىٰ فيه ولا للسارق، لأنه لا يملكه. وإذا ملك السارق المسروق من رجل ببيع أو هبة أو ما أشبه ذلك وكان ذلك قبل القطع أو بعده فتمليكه باطل، لأن المسروق باقٍ على ملك المسروق منه، ويرد المسروق على المسروق منه، لأنه ملكه ويرجع المشتري على السارق بالثمن الذي دفعه إليه.

فإن كان هلك في يد المشتري أو في يد الموهوب له فلا ضمان على المشتري ولا على السارق، هكذا روي عن أبي يوسف.

وإن كان المشتري أو الموهوب له استهلكه فللمالك أن يضمنه ثم رجع المشتري على السارق بالثمن الذي دفعه إليه، ولا يرجع عليه بالقيمة.

وفي «القدوري»: لو غصب إنسان المسروق من السارق فهلك بعد القطع فلا ضمان على الغاصب، ولا على المالك وقد ذكرنا قبل هذا أن للمالك أن يضمنه.

الفصل الثاني عشر
في الرجل يسرق من غير المالك

وإذا سرق الرجل من المستودع أو المستودع أو المستصنع قطع بخصومة هؤلاء عند علمائنا الثلاثة.

وروىٰ ابن سماعة في «نوادره»: أنه لا يقطع بخصومة هؤلاء حتىٰ يحضر المالك، وكذلك السارق من الغاصب والمرتهن، يقطع بخصومتهما.

وذكر في «الكتاب»: من جملة من يقطع بخصومته عندنا: صاحب الربا يحتمل أنه أراد به رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهماً فقبض العشرين، فجاء سارق وسرق العشرين منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة، لأن هذا المال في يده بمنزلة المغصوب، والمشترىٰ شراءً فاسداً في يد المشتري بمنزلة المغصوب، فكان الجواب فيه كالجواب في المغصوب.

حجة علمائنا الثلاثة في هذه المسألة، أن السرقة من هؤلاء انعقدت موجبة للقطع وبهذا يقطع بخصومة المالك وقد ظهرت عند القاضي بما هو حجة مطلقة، وهو شهادة الرجال بناءً على خصومة معتبرة، خرج على هذا: إذا سرق من السارق بعد ما قطعت يد الأول لم تنعقد موجبة للقطع، وبهذا لم تقطع يد الثاني بخصومة، والفقه في ذلك من وجهين.

أحدهما: أن الركن في باب السرقة إزالة يد معتبرة، ويد السارق بعد ما قطعت يده ليست بيد معتبرة، لأن يد الإنسان على مال الغير إنما تعتبر إذا كانت يد أمانة، ليتمكن من الحفظ الملتزم، أو يد ضمان ليتمكن من إسقاط الضمان عن نفسه بالرد.

ويد السارق بعد القطع ليست بيد أمانة، ولا بيد ضمان، فإن المسروق في هذه الحالة غير مضمون عليه، وهو معنىٰ قولنا يد السارق بعد القطع ليست بيد معتبرة، والتقريب: ما ذكرنا.

الثاني: أن السرقة إنما تنعقد موجبة للقطع إذا صادفت مالاً معصوماً لما مر، وههنا المال لم يبق معصوماً في حق المالك وفي حق السارق الأول على ما مر، ألا ترىٰ لو أبلغه السارق بعدما قطعت يده لا يضمن فهو معنىٰ قولنا: هذا المال لم يبق معصوماً في حق المالك، والسارق الأول. والتقريب: ما ذكرنا.

ولم يذكر ما إذا سرق من السارق الأول قبل أن تقطع يده وفيه اختلاف المشايخ، فمن مال إلى الطريق الأول في الفصل المتقدم قال ههنا بالقطع، لأن يد السارق قبل القطع يد معتبرة، لأن السارق بالرد يسقط القطع عن نفسه فتتحقق إزالة يد معتبرة عن هذا القائل إنما يقول بوجوب القطع على السارق الثاني إذا سرق قبل رفع المالك الأول إلى الإمام لا بعده، لأن رد الأول إنما يمنع القطع عن الأول، إذا حصل الرد من الأول قبل المرافعة إلى الإمام لا بعده، ومن اختار الطريق الثاني في الفصل المتقدم لا يقول بوجوب القطع، لأن الطريق الثاني لا يوجب الفصل بينهما بعد القطع وبينهما قبله.

وإذا سرق المتاع من المودع فلم يقطعه المودع حتىٰ حضر المالك وأقر المودع أن المتاع متاعه ثم غاب المودع فليس للمالك أن يقطع السارق. هكذا ذكر في «المنتقىٰ» في باب صفة القطع، ومن له مطالبته برواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله وقال الحاكم الشهيد رحمه الله: قال في موضع آخر من هذا الكتاب: أيهما حضر فله أن يقطعه.

قالوا وقد ذكر في «الجامع الصغير»: إن للمالك أن يقطعه بغيبة المودع.

وفي «المنتقىٰ»: رجل سرق من رجلين ألف درهم لهما في كيس من ميراث ثم غاب أحدهما وحضر الآخر، قال: لا أقطعه.

وفيه أيضاً: إذا سرق الرهن من المرتهن، فللمرتهن أن يقطعه، قال: وليس للراهن أن يقطعه، لأنه لا سبيل له على أخذه مستهلكاً، فإن للمرتهن أن يقطع السارق ولا سبيل للراهن عليه، لأنه قد بطل عنه الدين.

وفي «نوادر هشام» قال سألت محمداً [١١ب/٢] رحمه الله عن رجل سرق من رجل ألف درهم ثم إن رجلاً آخر له على هذا المسروق منه ألف درهم غصب الألف المسروقة من السارق، قال: أدرأ القطع عن السارق الأول.

الفصل الثالث عشر
في قطاع الطريق

اعلم بأن قطع الطريق يسمى سرقة الكبرىٰ، أما تسميتها سرقة، لأن القاطع يأخذ المال خفية وسراً ممن إليه حفظ الطريق، وهو الإمام الأعظم.

كما أن السارق يأخذ المال خفية وسراً ممن إليه حفظ المكان المأخوذ منه، وهو المالك أو من يقوم مقام المالك.

وأما تسميتها بالكبرى، لأن ضرر قطع الطريق أعم، لأن ضرر قطع الطريق على أصحاب الأموال، وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق، وضرر السرقة الصغرىٰ يخص (الملاّك) بأخذ مالهم وهتك حرزهم، ولهذا غلظ الحد في حق قطاع الطريق، بيانه في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ [المائدة: ٣٣] والمحاربون المذكورون في الآية عند علمائنا رحمهم الله: القوم مجتمعون، ولهم قوة وشوكة بأنفسهم، يدفعون عن أنفسهم ويمتنعون عمن أرادهم، ويتناصرون على ما قصدوا.

ولهذا وضع محمد رحمه الله المسألة في «الأصل» في القوم حيث قال: قوم من المسلمين، أو من أهل الذمة قطعوا على قوم من المسلمين أو من أهل الذمة الطريق، فقد شرط محمد رحمه الله في هذا الباب لإيجاب الحد المذكور في الآية أن يكونوا قوماً، لأن سبب وجوب الحد المذكور في الآية قطع الطريق، وإنما ينقطع الطريق عادة بقوم لهم منعة، وشرط أن يكونوا من المسلمين أو من أهل الذمة، لأن القطاع لو كانوا من المستأمنين كان في وجوب الحد عليهم اختلافاً.

وشرط أن يكون القطع على المسلمين، لأن القطع لو كان (القطع) على المستأمنين في دار الإسلام لا يوجب الحد.

ثم الحال لا يخلو إما إن قطعوا الطريق وأخذوا المال وقتلوا أصحاب الأموال: ففي هذا الوجه عند أبي حنيفة رضي الله عنه: الخيار إلى الإمام، إن شاء قطع أيديهم اليمنىٰ، وأرجلهم اليسرىٰ، ثم قتلهم أو صلبهم أو يتركهم كذلك حتىٰ يسيل عنهم الدم فيموتوا، وإن شاء قتلهم أو صلبهم من غير قطع، وعندهما للإمام صلبهم لا غير.

وفي «المنتقىٰ» عن أبي حنيفة رضي الله عنه: الإمام لا يدع قطع أيديهم وأرجلهم

من خلاف وله الخيار في أنفسهم: إن شاء قتلهم ودفعهم إلى أهاليهم يدفنونهم، وإن شاء قتلهم ثم صلبهم وإن رأى أن يصلبهم ثم يقتلهم فعل ذلك.

قال أبو يوسف: ليس على الإمام أن يقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف، وله الخيار في أنفسهم إن شاء قتلهم ودفعهم إلى أهاليهم يدفنونه، وإن شاء قتلهم ثم صلبهم، وإن شاء صلبهم ثم قتلهم.

وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف أنه قال: أما الصلب فلا يترك عنهم وتفسير الصلب: ذكر الكرخي في كتابه: أنه يصلب ثم يطعن تحت ثنروته الأيسر، ويترك حتىٰ يموت.

وذكر الطحاوي: أنه يقتل ثم يصلب. ثم في «ظاهر الرواية» يترك على خشبة ثلاثة أيام ثم يخلىٰ بينه وبين أهله حتىٰ يدفنونه وعن أبي يوسف: أنه يترك حتىٰ يقطع ويسقط.

وإن كان فيهم عبد أو امرأة فالحكم فيها كالحكم في الرجال الأحرار وذكر في «المنتقىٰ»: عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنه إذا كانت فيهم امرأة هي التي تولت القتل درأت الحد عنهم قال ثمة: وهو قول محمد رحمه الله، لأن المرأة لا تكون محاربة وصار كما لو كان معهم صبي أو مجنون.

وفي «القدوري»: أجمع أصحابنا أنه لا يقام الحد على المرأة. وذكر الطحاوي أن الرجال والنساء في قطع الطريق على السواء، وأما الرجال فلا حد عليهم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف: عليهم الحد سواء باشروا معها أو لم يباشروا.

وذكر هشام في «نوادره» عن أبي يوسف: إذا قطع قوم من الرجال وفيهم امرأة باشرت المرأة القتل وأخذ المال دون الرجال أقيم الحد على الرجال دون المرأة.

وقال محمد رحمه الله: يقام عليها ولا يقام عليهم، وقال هشام: سألت محمداً رحمه الله عن نسوة قطعن الطريق وقتلن وأخذن المال، قال: يكن محاربات إلا أني أقتلهن وأضمنهن المال.

وفي «المنتقىٰ»: إذا كان في قطاع الطريق صبي أو معتوه أو أخرس دريء الحد عنهم جميعاً، وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه. وقال أبو يوسف: يقام الحد على الأخرس. وكان الفقيه أبو بكر الرازي يقول: قول أبي حنيفة رضي الله عنه في هذه المسألة محمول على ما إذا كان لذي الرحم المحرم شركة في جميع المأخوذ، وأما إذا كان له شركة في بعض المأخوذ وبعض المأخوذ خاص للأجانب يلزمهم القطع باعتبار ذلك البعض كما لو سرق من ذي الرحم المحرم من حرزه مالاً ومن أجنبي من حرزه مالاً.

قال شمس الأئمة السرخسي: والصحيح: أن الجواب في الكل واحد، لأن مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشيء واحد، لأنهم قصدوا أخذ ذلك كله بفعل واحد، فتمكن الشبهة في بعض ذلك المال في حقهم بمنزلة تمكن الشبهة في جميع ذلك المال.

وفي «القدوري»: قال أبو يوسف رحمه الله: إن باشر الصبي الأخذ والقتل فلا حد على الباقين، وإن باشر العقلاء حد الباقون.

وفيه أيضاً: إذا كان فيهم ذو رحم محرم لبعض من قطع عليهم الطريق فإنه يدرأ عنهم الحد في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وقال أبو يوسف رحمه الله يؤاخذ به، لأنه سارق من الذي لا نسب بينه وبينهم. وفيه أيضاً: وقال أبو يوسف في المرأة تكون مع من قطع الطريق ممن استحق قطع اليد والرجل [١٢أ/ ٢] أقطع يدها ورجلها من خلاف، ولا أصلبها. قال: أصلب النساء على حال والردء والمباشر في هذا الحد على السواء حتىٰ يقام هذا الحد على الردء والمعين كما يقام على المباشر.

ونظير هذا الردء والمعين في باب الغنيمة: فإنهما يستحقان الغنيمة كالمباشر، وهذا بخلاف الردء في باب القاتل والمعين، فإنهما لا يقتلان.

وأما إن قطعوا الطريق وأخذوا المال ولم يقتلوا، وفي هذا الوجه: يقتلون ولا تقطع أيديهم وأرجلهم، وأما إن أخافوا المسلمين ولم يأخذوا مالاً ولم يقتلوا وفي هذا الوجه الإمام يعزرهم، ويحبسون حتىٰ يتوبوا، وهو المراد من النفي المذكور في قوله تعالىٰ: ﴿أَوْ يُنفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ [المائدة: ٣٣].

وإن قتلوا وأخذوا المال ثم تابوا وردوا المال على أهاليه ثم أتي بهم إلى الإمام لم يقطعهم الإمام ولم يقتلهم، ولكن يدفعهم الإمام إلى أولياء القتل فيقتلونهم قصاصاً، أو يصالحونهم.

وأما إذا تابوا ولم يردوا المال لم يذكره في «الكتاب» نصاً، واختلف فيه المتأخرون:

منهم من قال: لا يسقط الحد وقاسه على سائر الحدود فإن سائر الحدود لا تسقط بنفس التوبة.

ومنهم من قال: يسقط، وإليه أشار في «الأصل» وهذا القائل يقول: إن نفس التوبة مسقطة للحد في السرقة الكبرى، لأن الله تعالىٰ استثنىٰ التائب في السرقة الكبرىٰ بقوله: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٣٤] والمفهوم من اسم التائب التوبة فيما ..... (١) بسقوط القطع عليها بخلاف الحد في السرقة الصغرىٰ، لأن هناك التائب ليس بمستثنى أما ههنا بخلافه ومتىٰ سقط الحد بالتوبة ظهر حكم القتل فيدفعهم الإمام إلى أولياء القتيل ليقتلونهم أو يصالحونهم، ثم إنما يقام هنا الحد عليهم إذا كان المأخوذ بحيث يصيب كل واحد منهم عشرة دراهم.

وأما إذا كان نصيب كل واحد أقل من عشرة فلا يقام هذا الحد عليهم، نص عليه القدوري في «شرحه»، لأنهم لما أخذوا المال تبين أن المقصود هو المال، ولا تكمل الجناية في أخذ المال إلا إذا كان المأخوذ نصاباً.

---

(١) بياض بالأصل.

وروىٰ إبراهيم عن محمد رحمهما الله في قوم قطعوا الطريق وقتلوا ثم ولوا أو ذهبوا هل يتبعوهم.

قال: إن كان فيهم ولي القتيل فاتبعهم فلهم أن يتبعوه، وما لا فلا، وإن أخذوا متاعاً لرجل فلهم أن يتبعوهم وإن لم يتبعهم صاحب المتاع وإن كان المتاع مستهلكاً ليس لهم أن يتبعوه، لأنه صار ديناً عليهم.

ورأيت في موضع آخر: لصوص وقعوا على قوم وأخذوا متاعهم فاستغاثوا بقوم حتىٰ خرجوا في طلبهم، وإن كان أرباب المتاع معهم أو غابوا لكنهم عرفوا مكانهم ويقدرون على رد المتاع عليهم لا يقاتلونهم.

ذكر في «الجامع الصغير» عن أبي حنيفة رضي الله عنه فيمن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً بالبصرة، أو بين الكوفة والحيرة، فليس بقاطع الطريق، ولا يقام عليه حد قطاع الطريق، وهذا استحسان. والقياس أن يقام عليه حد قطاع الطريق، وهو رواية عن أبي يوسف.

وجه القياس: إن سبب وجوب هذا الحد قد تحقق وهو أخذ المال والقتل على وجه المحاربة والمجاهرة، فوجب القول بوجوبه كما في المفازة.

وجه الاستحسان: إن سبب وجوب هذا الحد المحاربة لله ورسوله وذلك إنما يتم في المفازة دون القرىٰ والأمصار، لأن المسافر في المفاوز لا يلحقه الغوث من جهة العباد عادة، فإنما يعتمد في ذهابه على حفظ الله تعالى فمن يتعرض له يكون محارباً لله ورسوله.

فأما في القرىٰ والأمصار يلحقه الغوث عادة من جهة العباد، وهو يعتمد على ذلك بالتطرق في هذه المواضع، فباعتباره يتمكن نوع نقصان في فعل من يتعرض له من حيث محاربة الله ورسوله، فيتمكن النقصان في سبب الحد من هذا الوجه، فلا يقام.

وبعض المتأخرين قالوا: إن أبا حنيفة رضي الله عنه أجاب بذلك بناءً على عادة أهل زمانه، فإن الناس من زمنه في المصر وفي القرىٰ كانوا يحملون السلاح مع أنفسهم، فيندر مع ذلك تمكن القاصد من قطع الطريق وأخذ المال، والحكم لا يبنىٰ على النادر، أما في زماننا: ترك الناس هذه العادة، وهي حمل السلاح في الأمصار فيتحقق قطع الطريق في الأمصار والقرىٰ.

وعن أبي يوسف أنه إن قصده في جوف المصر أو بين القرى بالسلاح يقام عليه حد قطاع الطريق، وإن قصده بالحجر أو بالخشب، فإن كان في الليل يقام عليه حد قطاع الطريق، وإن كان في النهار فلا.

وفي «نوادر ابن سماعة»: عن أبي يوسف في المكابرين بالليل إذا لم يقدر أهل الدار على الامتناع منهم: فهم محاربون، فأما بالنهار فهم محاربون فهم مختلس حتىٰ يكون جمعاً لا يقدر غير السلطان على منعهم.

قال: والمكابرون إذا لم يقدر أهل القرية على الامتناع منهم فهم محاربون، قال:

وسمعت أبا يوسف يقول في قوم قطعوا الطريق بين الحيرة وبين الكوفة قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إن قطعوا على قافلة جاءت من الشام تريد مكة أقمت عليهم حد المحاربين.

وإن قطعوا على ناس من أهل الكوفة لم أقم عليه حد المحاربين، قال أبو يوسف: أقيم عليهم حد المحاربين، قطعوا على أهل الكوفة أو على غيرهم، فإذا قتل قاطع الطريق أو قطع فليس عليهم ضمان المال للمعنىٰ الذي ذكرنا في السرقة الصغرىٰ.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله: إذا شهد [١٢ب/ ٢] الشهود على رجل أنه قطع الطريق وأخذ المال وقتل ولم يحضر معهم أحد لم أقم عليه الحد وعزرته، لأنه من أهل أمكنتهم قال: وقطاع الطريق وأهل البغي وإذا صاروا أهل العدل وتركوا المحاربة فإني آمرهم بضمان ما استهلكوا وغرم دية من قتلوا لوليه.

وإن كتب لا أحكم به عليهم يعني إذا تابوا فقد بطل عنهم الحد.

وفي «القدوري»: إذا تاب المحاربون قبل القدرة عليهم فعليهم القصاص فيما قتلوا، وضمان المال فيما أخذوا، وكذلك يجب القصاص فيما يستطاع القصاص.

وعن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضي الله عنه: لو أن رجلين أو ثلاثة عرضوا لرجل في سفره وأخافوه وشهروا عليه السلاح وقتلوه وأخذوا ماله ثم أُخذوا، فعليهم حد قطاع الطريق. وقال في المرأة: إذا خرجت محاربة مع القوم صنع بها ما يصنع بالرجل من القطع والقتل.

الفصل الرابع عشر
في بيان متىٰ يسع قتل المهاجم واللص وأمثالهما

وذكر في «فتاوىٰ أهل سمرقند» سارق حفر بدار رجل ولم تنفد الحفرة حتىٰ علم صاحب البيت، فألقىٰ عليه حجراً فقتله فعلىٰ عاقلته الدية وعليه الكفارة.

وقال محمد رحمه الله في «المنتقىٰ»: إذا قتله غرم الدية في ماله.

وفي «نوادر ابن رستم» عن محمد: قال أبو حنيفة رضي الله عنه اللص الذي دخل بنفسه يسعك قتله.

وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إذا نقب عليك اللص فأدركته وهو ينقب فاقتله ولا تحذره.

وقال أبو يوسف: حذره، فإن ذهب وإلا فارمه، وإن دخل عليك بيتاً فخفت أن يبدأك بضرب أو خفت أن يكون معه شيء فيرميك فارمه، وإلا فحذره.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: رجل اطلع على حائط ملاءة رجل وعلى الحائط فجاء من صاحب الحائط أنه إن صاح به يأخذ الملاءة ويذهب هل يحل له أن يرميه، قال: يسعه ذلك إذا كانت الملاءة تساوي عشرة دراهم فصاعداً.

قال الفقيه أبو الليث: أصحابنا لم يقدروا هذا التقدير، بل أطلقوا أن له أن يرميه، لقوله عليه السلام: «قاتل دون مالك»[١] وفي جنايات «الجامع الصغير»: رجل دخل على رجل ليلاً فسرقه ثم أخرج السرقة من الدار فاتبعه الرجل فقتله، فلا شيء عليه.

قالوا: أراد بهذا إذا كان لا يقدر على استرداد السرقة إلا بالقتل، إذا كانت الحالة هذه يباح القتل، ولا ضمان على القاتل وذكر العلاء في «نوادره» عن أبي يوسف إذا عرض الرجل رجلاً في الصحراء يريد ماله، فإن كان ماله أقل من عشرة دراهم فليقاتله عنه، ولا يقتله وإن كان عشرة دراهم أو أكثر فليقتله.

وفي «المنتقىٰ»: إذا كان مع رجل رغيف فأراد رجلان أخذه منه وسعه أن يقاتله بالسيف إذا كان يخاف على نفسه الجوع، وكذلك الماء لشربه، وذكر في كتاب الصلاة السرقة التي تبيح قطع الصلاة قدر نصابها بدرهم.

وفي «العيون»: إذا أخرج السارق المتاع فلصاحبه أن يقتله ما دام المتاع معه، فإن رمىٰ به السارق فليس لصاحبه أن يقتله، لأن الحديث لا يتناوله.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمهما الله في الرجل يدخل على رجل في بيته يريد أخذ متاعه: فله أن يقتله إذا كان يخاف أن لا يقوىٰ عليه إن أراد أخذه بيده، كذلك إن كان يقوىٰ عليه إلا أنه قد أخذ متاعه وخاف أن يرميه فيقتله أو يذهب متاعه، فله أن يرميه بالنشاب ويقتله.

ولذلك إذا رآه يستكره جارية أو امرأة له فله أن يقتله، وكذلك إذا كانت مطاوعة وخاف أنه إن تركه حتىٰ يأخذه يواقعها.

وفي «المنتقىٰ»: رجل دخل منزله فوجد رجلاً يفجر مع أهله فخاف إن هو أخذه أن يقهره الفاجر: إنه في سعة من قتله.

وذكر أيضاً: ولذلك لو رآه مع جارية ولو رآه مع امرأته أو مع محرم له، وهي مطاوعة على ذلك فقتلاه جميعاً قتل الرجل والمرأة جميعاً.

وفيه أيضاً قال محمد رحمه الله: ولو أن لصاً دخل دار رجل ولا سلاح معه وصاحب الدار يعلم أنه يقوىٰ على أخذه إن مكث يخاف أن يأخذ بعض متاعه ويذهب ولا يقدر عليه وسعه ضربه وقتله.

وفيه أيضاً الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضي الله عنه: قتيل وجد في دار فقال صاحب الدار دخل على سرقتي فقتلته، قال: إن كان معروفاً بالسرقة فلا شيء عليه.

قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله: هذا خلاف رواية أبي يوسف، وفي «فتاوىٰ أبي الليث»: لص معروف بالسرقة وجده رجل يذهب في حوائجه ليس بمشغول بالسرقة، ليس له أن يقتله، وله أن يأخذه، ويأتي به إلى الإمام ليحبسه حتى يتوب، لأن الحبس للزجر إلى أن يتوب مشروع. قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: إذا شهر الرجل على

(١) أخرجه النسائي في التحريم حديث ٤٠٨١، والمتقي الهندي في كنز العمال ١١١٧٤.

رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً فقتله المشهور عليه، فلا شيء عليه شهر في المصر أو خارج المصر، لأنه دافع عن نفسه، لأن السلاح لا يلبث، وهذا الدفع مباح أو واجب فلا يصلح نفساً للضمان، فإن ضربه المشهور عليه ضربة فسقط من حيث يعلم أن الشاهر لا يقدر على قتل المشهور عليه لا يحل له أن يضربه بعد ذلك، ولذلك لو أراد أن يضربه ففر منه لا يحل له أن يتبعه، ولذلك هذا في السارق إذا صاح له رب المال فهرب لا يحل لصاحب المال أن يتبعه ويضربه إلا إذا ذهب بماله، فحينئذٍ [١٣أ/ ٢] يحل له أن يتبعه ويضربه بالسلاح حتىٰ يلقي ماله، وكذلك لو ضربه الشاهر ضربة ثم امتنع من الضرب لا يحل للمشهور عليه أن يضربه، فإن ضربه مع ذلك ومات الشاهر وفر المشهور عليه، فإنه يقتل المشهور عليه بالشاهر. هذا إذا شهر عليه عصاً أو خشباً، فإن كان العصا صغيراً وقد شهر ليلاً فحكمه حكم السلاح شهر عليه في المصر أو خارج المصر، لأنه لا يلحقه الغوث من جهة العباد لغفلتهم، وإن شهر نهاراً إن كان خارج المصر فكذلك، لأنه لا يلحقه الغوث من جهة الناس لبعدهم، وكذلك إذا شهر في المصر في مكان لا يلحقه الغوث، وإن شهر في مكان يلحقه الغوث: لو صاح لا يحل له قتله، ولو قتله إن قتله بحديدة قتل به وإن قتله بغير سلاح يجب فيه الدية على العاقلة، وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه.

وقالا رحمهما الله: يهدر دمه.

فوجه قولهما أن العصا وإن كان صغيراً فهو من آلات الحرب، فإذا شد عليه بالعصا فقد صار حرباً عليه، فيهدر دمه بخلاف ما إذا شد عليه باليد، لأن اليد ليس بآلة الحرب ولا يحارب بها من غير شيء عادة فلا يصير حرباً عليه.

وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: العصا الصغير مما يلبث فيلحقه الغوث من جهة غيره قبل أن يأتي عليه إذا كان في المصر بالنهار في موضع يلحقه الغوث، فصار بمنزلة ما لو شد عليه باليد. وهذا إذا كان العصا صغيراً يلبث، وأما إذا كان كبيراً لا يلبث، فإن كان في المصر ليلاً أو في المفازة ليلاً أو نهاراً فقتله المشهور عليه فلا شيء عليه.

وإن كان في المصر نهاراً فقد قال بعض مشايخنا: إنه على الخلاف.

على قول أبي حنيفة رضي الله عنه: يلزمه الضمان.

وعلى قولهما: لا يلزمه الضمان، لأن العصا الكبير بمنزلة السلاح عندهما في حق حكم القصاص فكذا في حق إباحة الدفع.

وعند أبي حنيفة رضي الله عنه بمنزلة العصا الصغير في حق حكم القصاص، فكذا في حق حكم إباحة الدفع فلا يباح للمشهور عليه أن يقتله عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

وإذا قتله إن قتله بالسلاح يجب القصاص وإن قتله بما ليس بسلاح تجب الدية في ماله وإلى هذا مال الحاكم الشهيد رحمه الله، وبعضهم قالوا: الضمان ههنا لا يجب بلا خلاف، لأن إباحة القتل ههنا بخوف القتل على نفسه، وفي حق هذا المعنىٰ: لا فرق بين السلاح وبين العصا الكبير، فهذا التعليل يشير إلى أنه لا يجب القصاص، ولا تجب الدية

وإن قتله بالسلاح، وذكر في بعض المواضع في هذه الصورة أن على قول بعض المشايخ إن قتله المشهور عليه بالسلاح لا يجب القصاص، وتجب الدية في ماله وإن قتله بما ليس بسلاح تجب الدية على العاقلة، وأشار إلى المعنىٰ فقال: العصا الكبير بمنزلة السلاح من حيث إنه لا يلبث وبمنزلة العصا الصغير من حيث أنه لا يجرح.

لو شد عليه بالسلاح فقتله المشدود لم يكن عليه شيء لا القصاص ولا الدية ولو شد عليه بعصاً معنزاً إن مثله المشدود عليه بالسلاح يلزمه القصاص وإن قتله بما ليس سلاح يلزمه الدية في ماله، فإذا كان بينهما أوجبنا الدية ولم نوجب القصاص.

ولهذا لم نوجب القصاص على الشاد إذا قتل المشدود عليه، لأنه قتله بالسيف من وجه وبالعصا من وجه وإن شد عليه بغير شيء بيده في المصر فإن قتله المشدود عليه بسلاح قتل به، وإن قتله بغير سلاح تجب الدية على عاقلة المشدود عليه، وإن شد عليه بغير شيء في المفازة أو في المصر ليلاً. والجواب كالجواب في العصا الصغير وسيأتي بعض هذه المسائل في الجنايات.

الفصل الخامس عشر
في بيان من له إقامة الحدود

قال محمد رحمه الله: وليس للذي استعمل على رستاق على معونة أو خراج استيفاء الحدود، إنما ذلك إلى أمراء الأمصار والمدن، لأن الحد حق الله تعالىٰ وإنما يستوفيه من يعين نائباً عن الله في استيفاء حقوقه، وذلك هو الإمام، وللإمام أن يستخلف غيره فإذا ولاه ولاية عامة في بلد عظيم فقد فوض إليه القيام بأمر المسلمين، فيملك إقامة الحدود، لأنه لم يفوض إليه ذلك.

ولو استعمل الإمام أميراً على الجيش الكبير ليدخل أرض العدو بأن كان أمير مصر أو مدينة قفر الجند، فأقام فيهم الحدود وقضىٰ في معسكره كما يقضي في مصره. وإن لم يكن أمير مصر إنما بعثه الإمام غازياً، أو كان مبعوثاً من جهة أمير المصر غازياً لم يقم الحدود، لأنه لم يجعل إليه التصرف عاماً إنما ولاه النظر فيما يرجع إلى مصالح الحرب وللإمام العدل أن يقيم الحدود وينفذ القضاء من معسكره أو من أهل ولايته ويستعمل على القضاء.

قال: وإن جاء رجل من أهل البغي تائباً وقد سرق في معسكر أهل البغي، لم يقطعه، لأنه لم يكن للإمام عليه يد فلا يجب عليه القطع أصلاً، لأن الوجوب للاستيفاء، والاستيفاء لا بد له من المستوفي.

وكذلك التاجر في معسكر أهل البغي والأسير في أيديهم إذا سرق في معسكرهم ثم ظهر عليه أمام أهل العدل لم يقطعه، وكذلك لو كان هؤلاء في دار الحرب لأن الولاية منقطعة، وكذلك المسلم إذا زنى في دار الحرب بمسلمة أو كافرة أو شرب الخمر ثم ظفر بهم الإمام لم يقم عليه حداً لما مر.

وكذلك لو أن رجلاً من أهل العدل أغار في عسكر أهل البغي وسرق فخاصمه المسروق منه إلى إمام أهل العدل [١٣ب/] لا يقطع، لأن لأهل العدل أن يأخذوا مال أهل البغي على وجه السرقة ويمسكوه إلى أن يتوبوا فيرد عليهم أو يموتوا فيرد على ورثتهم، فهذا سرقة مال مباح الأخذ.

وإن أغار رجل من أهل البغي في عسكر أهل العدل ليلاً وسرق مالاً وذهب إلى معسكره، ثم أخذ بعد ذلك وأتى به إمام أهل العدل لا يقطع، لأنه محارب يستحل هذا وإن كان بتأويل فاسد إلا أن التأويل الفاسد مع منعه ملحق بالصحيح في حق أحكام الدنيا.

ولو أن رجلاً من أهل العدل سرق مالاً من إنسان وهو يشهد عليه بالكفر ويستحل دمه قطع به، لأنه ليس له منعه، وإنما يعتبر موجب اعتقاده إذا انضم إليه المتعة ومتىٰ أسقطنا القطع بهذا لم يقم حد في سرقة، لأن كل سارق يستحل مال المسروق منه.

الفصل السادس عشر
في المتفرقات

ابن سماعة عن أبي يوسف إذا قال: سرقت هذا الطيلسان الذي في يدي هذا الرجل من فلان ودفعته إلى هذا، وقال: وهبته من هذا، أو قال: غصبت مكان قوله سرقت قال: أصدقه على نفسه وأقطعه، ولا أصدقه على الذي الطيلسان في يديه.

وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف: إذا قال: سرقت من هذا عشرة لا بل من هذا عشرة، قال أبو حنيفة: أضمنه للأول عشرة وأقطعه بالثاني.

وفي «المنتقىٰ»: سرقت من هذا عشرة دراهم لا بل سرقتها من هذا، قال: أضمنه لكل واحد منهما عشرة.

وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف أيضاً إذا قال: سرقت تسعة دراهم لا بل عشرة لا قطع عليه في قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه، قال هشام: سألت أبا يوسف عن رجل قال: سرقت من هذا عشرين درهماً، لا بل عشرة دراهم، قال: يقطع في قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه، ويضمن عشرة دراهم.

وفي شرح سرقة «الأصل» إذا وجب على إنسان حدود فيما دون النفس، وهي من خالص حق الله تعالىٰ كحد الزنا وحد شرب الخمر والقطع في السرقة ووجب عليه القتل يبدأ بالقتل ويلغي ما سواه سواء وجب القتل حقاً لله تعالىٰ كالرجم وكالقتل في قطاع الطريق، أو وجب حقاً للعبد كالقصاص.

أما ما فيه حَقَ العبد نحو حد للقذف والقصاص في الطرق لا بد وأن يستوفىٰ مقدماً على القتل، فإذا أمر الحاكم الحداد بقطع يمين السارق فقطع يساره لا ضمان على الحداد في قول أبي حنيفة رضي الله عنه قطع خطأً أو عمداً، وقال أبو يوسف، ومحمد

رحمهما الله: إن قطع خطأ فلا ضمان عليه، وإن قطع عمداً فعليه الضمان. هكذا ذكر المسألة في «الجامع الصغير» وذكر المسألة في «الأصل» وجعلها على وجهين:

أما إن قال له الحداد أخرج يمينك فأخرج السارق يساره وقال: هذا يميني فاقطعه فقطعه الحداد أو لم يأمر الحداد السارق بإخراج يده ولكنه عمد فقطع يساره، فإن أمره بإخراج يمينه فأخرج السارق يساره فقال: هذا يميني فإنه لا ضمان عليه عندهم قياساً واستحساناً، ذلك لأن قطع اليسار حصل بإذن السارق، ولو حصل بإذنه ولم يكن عليه قطع اليمين بسبب السرقة كان لا يضمن، فإذا حصل قطع السارق بإذنه وعليه قطع اليمين بسبب السرقة أولى فإذا لم يقل أخرج يمينك، ولكنه عمد إلى يساره فقطعه، فهذا على وجهين:

أما إن أخطأ بأن جهل أن هذا يساره.

أو كان عالماً بأنه يساره ومع هذا قطع، فإن أخطأ بأن جهل بأنه يساره فقطع فإنه لا ضمان عليه عندهم جميعاً.

أما عند أبي حنيفة رضي الله عنه: لا إشكال، لأنه لو تعمد بأن علم أنه يساره فقال له السارق لا تقطعه فإنه يسار ومع هذا قطع لا ضمان عليه، لأنه إنما أتلف عليه اليسار بخلف، فإن اليمين مسلم له والإتلاف بخلف لا يوجب الضمان، كمن أكره إنساناً على أن يعتق عبده بمثل قيمته، أو يبيعه من غيره بمثل قيمته فأعتق أو باع فإن المكره لا يضمن، لأنه أتلف عليه بخلف يعد له كذا ههنا.

وأما على قولهما ففيه نوع إشكال.

لأنه لو تعمد يضمن عندهما لما نبين: فلو سقط الضمان ههنا إنما يسقط لمكان الخطأ ولا وجه إليه، لأن الخطأ لا يسقط الضمان ولكن إنما لا يجب الضمان عندهما لوجهين.

أحدهما: أنه لما عمد إلى قطع اليسار وسكت السارق ولم يخبره أنه يسار، صار باذلاً له اليسار ليقطعه، والبذل مما يسقط ضمان الأطراف بخلاف ما إذا قال له السارق: لا تقطعه فإنه يسار، لأن هناك لم يوجب منه البدل نصاً ولا دلالة فالمسقط للضمان لم يوجد والمحل مضمون فيصير الحداد ضامناً، ولأن هذا الإتلاف يخلف من وجه دون وجه، فإن اليمين قد سلم له بسبب إتلاف اليسار واليمين تصلح خلفاً عن اليسار من وجه من حيث إنه كان على شرف الزوال، وقد زال هذا بقطع اليسار، فكان كالسالم له بقطع اليسار، ولكن من حيث إنه كان حاصلاً له قبل قطع اليسار حقيقة لم يصلح خلفاً عنه، فاعتبرناه خلفاً حالة الخطأ، لأنه حال عذر فلم يعتبره خلفاً حالة العمد توفيراً على الشبهين حظهما، فكان قطع اليسرىٰ حالة العذر إتلافاً بخلف، فلا يوجب [١٤أ/ ٢] الضمان، فأما إذا تعمد بأن علم بأنه يسار ومع هذا قطع، القياس أن يضمن، وبالقياس وبه أخذ.

وفي الاستحسان: لا يضمن وبه أخذ أبو حنيفة رضي الله عنه. ذكر القياس

والاستحسان في كتاب السرقة ولم يذكر الخلاف ثمة، وذكر الخلاف في «الجامع الصغير»، ولم يذكر القياس والاستحسان.

وجه القياس على ما ذكر في كتاب السرقة: أنه قطع ما ليس بمحل القطع فيجب أن يضمن قياساً على ما لو جدع أنفه أو أذنه وكان يجب أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبه، لأن الثابت بنص الكتاب يد مطلق، فاليمنىٰ بقراءة عبد الله رضي الله عنه وبنوع من القياس، لأنه أقوىٰ يبقىٰ شبهته احتمال اليسار داخلاً تحت مطلق اسم اليد والشبهة تكفي لدرء القصاص ولا تكفى لدرء ضمان المال.

فأما أبو حنيفة رضي الله عنه ذهب إلى أن هذا إتلافٌ وحصل بخلف يعدله ويزيد عليه، فلا يوجب الضمان قياساً على مسألة الإكراه، وكما في نقصان الولادة الحاصلة بالولد، وإنما قلنا حصل بخلف، لأنه إن أتلف عليه اليسار فقد سلم له اليمنى واليمين مثل اليسار وخير منه، إن قيل اليمنىٰ لم يحصل له سبب القطع بل كان حاصلاً من قبل والإتلاف بخلف إنما لا يوجب الضمان إذا حصل الخلف بالسبب الذي حصل به الإتلاف كما في مسألة الإكراه ومسألة النقصان الولادة، أما إذا حصل الخلف بسبب آخر يجب الضمان، ألا ترى أنه لو كان للمغصوبة ولد آخر في يد الغاصب سوىٰ هذا الولد الذي حصل به النقصان يجب ضمان النقصان، فطريقه ما قلنا اليد اليمنىٰ من حيث الاعتبار إنما حصل له بقطع اليسار، وذلك لأن اليمنىٰ صار على شرف الزوال، وما كان على شرف الزوال فهو كالغائب من حيث الاعتبار.

ولو كان فانياً حقيقة وتصور العود بقطع اليسار صلح خلفاً عنه فكذلك إذا صار فانياً من حيث الاعتبار زوال هذا الفوات بقطع اليسار، فإن قتل هذا يشكل بما لو قطع رجله اليمنىٰ فإنه يضمن، وقد أتلف الرجل وأخلف عوضاً مثله وهو اليد اليمنىٰ، فإن يده اليمنىٰ لا تقطع وقيمة الرجل وقيمة اليد سواء شرعاً، قلنا: إلا رواية لهذا فلا يسلم ومقوماً به لا يضمن، لأنه إتلاف حصل بخلف يعدله فلا يكون عليه ضمان، وليس كما لو جدع أنفه أو قطع رجله اليسرىٰ فإنه إتلاف حصل بغير عوض وخلف، لأن اليمنىٰ لا تسلم بقطع الأنف ولا بقطع رجله اليسرىٰ بل بقطع يمينه بالسرقة فكان إتلافاً بغير عوض، فيوجب الضمان كما لو أكرهه على إعتاق عبده بغير عوض.

وفي «المنتقىٰ»: إذا أمر القاضي الحداد بقطع يد السارق ولم يقل يمينه أو يساره فقطع الحداد يساره صارت بالسرقة، ولا شيء على الحداد، وإن قال: اقطع يمينه فقطع يساره، وقد تعمد الحداد في ذلك وكابره قطعت يسار الحداد وضمنت السارق السرقة. وإن قطع الحداد رجله اليمنىٰ ضمنت الحداد بها وضمنت السارق السرقة. وإن قطع رجله اليسرىٰ ضمنت الحداد بها وقطعت عن السارق يده اليمنىٰ. وإن قطعت يديه جميعاً صارت اليمنىٰ بالسرقة وضمن الحداد للسارق يده اليسرىٰ.

قال في «الجامع الصغير»: وإذا شهد الشهود على رجل بالسرقة ووصفوها وبينوها فحبسه القاضي حتىٰ سأل عن الشهود فقطع إنسان يده اليمنىٰ يقتص له منه، لأن اليد لا

يصير مباحاً القطع بمجرد الشهادة. وإنما يصير مباح القطع إذا قضىٰ القاضي بالقطع، لأن مجرد الشهادة ليس بحجة. وإذا لم تثبت الإباحة بمجرد الشهادة صار الحال قبل الشهادة والحال بعدها سواء، وهناك يجب القصاص بالقطع كذا ههنا.

ولو قضىٰ القاضي عليه بالقطع ثم قطع إنسان يده فلا شيء على القاطع، لأن القطع حصل بإذن الإمام، لأن الإمام لما قضىٰ بالقطع صار مستعيناً لكل واحد من آحاد المسلمين على القطع والقطع بإذن الإمام لا يوجب الضمان، وصار هذا نظير ما إذا قضىٰ على إنسان بالرجم فقتله رجل من عرض الناس فإنه لا يضمن القاتل، وطريقه ما قلنا.

فرق بين هذا وبينما إذا قضىٰ القاضي بالقصاص في النفس على إنسان فقتله رجل من عرض الناس أو قضىٰ القصاص في الطرف على إنسان فجاء إنسان من عرض الناس وقطع طرفه فإن هناك يضمن.

والفرق أن في باب القصاص الاستيفاء غير متعين بل للولي الخيار إن شاء استوفى القصاص، وإن شاء عفا أو صالح. وإذا لم يكن الاستيفاء متعيناً لم تثبت الاستعانة على الاستيفاء دلالة، فالقطع حصل بغير إذن من له الحق.

أما في قطع الطريق الاستيفاء متعين، فإن الإمام لا يملك العفو ولا الاعتياض. وإذا كان الاستيفاء متعيناً تثبت الاستعانة بكل واحد من آحاد المسلمين دلالة.

وبخلاف ما إذا قضىٰ القاضي على إنسان بالجلد فجلده واحد من عرض الناس، فإن الجلاد يضمن وإن كان الاستيفاء متعيناً ومع هذا لم تثبت الاستعانة، لأن كل أحد لا يهتدي إلى إقامة الجلد كما ينبغي، لأن من حقه أن يفرق على الأعضاء ويبالغ في الضرب في بعض الحدود، ولا يبالغ في البعض وهذا مما لا يهتدي إليه كل واحد، فلا تثبت الاستعانة فكان الجلد حاصلاً بغير إذن الإمام، فأما القطع في السرقة بشيء معين وكذلك القتل في باب الرجم شيء معين يهتدي إليه كل أحد فتثبت الاستعانة.

قد ذكرنا قبل [١٤ب/ ٢] هذا في فصل على حدة أن السارق إذا رد المسروق على المسروق منه قبل المرافعة إلى الإمام ثم وقعت المرافعة إلى الإمام، أنه لا يقطع السارق، فلم نذكر القياس والاستحسان. وفي المسألة قياس واستحسان.

القياس: أن يقطع.

وفي الاستحسان؛ لا يقطع وهذه المسألة بناءً على أن الخصومة من العبد هل هي شرط للقطع القياس أنها ليست بشرط؟ وفي الاستسحان: هل هي شرط ذكر القياس والاستحسان في آخر «الجامع الكبير».

وجه القياس: القطع حق الله تعالىٰ على الخلوص فيستوفىٰ من غير دعوىٰ العبد كحده حد الشرب.

وجه الاستحسان: أن القطع وإن كان حق الله تعالىٰ على الخلوص إلا أنه بثبوته في ضمن حق العبد في المسروق. ولهذا شهد شاهدان على رجل بالسرقة من شخص بعينه والمشهود له ينكر السرقة لا يقطع اليسار.

ولهذا أن القطع في ضمن حق العبد في المسروق.

ولهذا إذا شهد شاهدان على رجل بالسرقة من شخص بعينه والمشهود عليه ينكر السرقة لا يقطع السارق. ولهذا إن القطع في ضمن حق العبد في المسروق ولم يثبت لما أنكر السرقة فلا يثبت القطع الذي في ضمنه، قلنا وحق المسروق منه في المسروق ههنا لم يثبت لأن ثبوته بالبينة بناءً على خصومة صحيحة، وخصومة المسروق منه بعد وصول المسروق إليه لم تصح، فلم يثبت كون المسروق ملكاً للمسروق منه بهذه البينة، فلا يثبت ما في ضمنه.

ولو كان السارق رد المسروق على أب المسروق منه أو على أخيه أو أخته أو عمته أو خالته قبل المرافعة إلى الإمام ثم وقعت المرافعة وأقام المسروق منه بينة على السارق.

فإن لم يكن المردود عليه في عيال المسروق قطعت يد السارق لأن يد من ليس في عيال المسروق منه ليست كيده فلم يتحقق الرد على المسروق منه، وإن كان المردود عليه في عيال المسروق منه لا تقطع يد السارق استحساناً، لأن يد من في عيال المسروق منه جعل كيد المسروق منه من وجه.

ألا ترى أن المودع إذا رفع الوديعة إلى من في عياله لا يضمن وجعل يد من في عياله كيده، فتثبت شبهة الاتحاد وشبهة الرد على المسروق منه والحدود لا تثبت مع الشبهات.

وإن كان المردود عليه امرأة المسروق منه أو أجيره الخاص ويعني به الأجير الذي يسكن معه أو امرأته أو عبده، فلا قطع على السارق استحساناً، لأن يد هؤلاء كيد المسروق منه من وجه، لأن هؤلاء في عياله، فإن كان المردود عليه والد المسروق منه أو والدته أو جده أو جدته فإن كان هؤلاء في عيال المسروق، فلا قطع على السارق قياساً واستحساناً، وإن لم يكونوا في عياله فلا قطع عليه استحساناً. وفي القياس؛ يجب القطع.

وجه القياس: أن يد من ليس في عيال المسروق منه ليست كيد المسروق منه، فلا يتحقق الرد على المسروق منه، وجه الاستحسان: أن لهؤلاء شبهة الملك في المسروق، قال عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك»[1] ولو كان لهؤلاء ملكاً حقيقة صح الرد عليهم، فإذا كان لهم شبهة تثبت شبهة الرد أيضاً، والشبهة ملحقة بالحقيقة في درء الحد بخلاف من تقدم ذكره، لأنه ليس لمن تقدم ذكرهم شبهة الملك في المسروق ليصح الرد عليه بطريق الأصالة، فينظر إلى اليد إن كانت يده كيد المسروق منه من وجه بأن كان في عياله يتحقق الرد عليه من وجه، فلا يجب القطع وإن لم يكن بهذه الصفة يجب القطع، وإن ردها على بعض من في عيال والد المسروق منه قطع، لأنه ليس للمردود عليه شبهة الملك في المسروق، ليصح الرد عليه بطريق الأصالة وليس يد هؤلاء كيد المسروق منه فلم يتحقق الرد على المسروق منه.

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.

وإن ردها على مكاتب المسروق منه لم يقطع وهذا استحسان لأن المكاتب بمنزلة من في عياله، لأنه عبد ما بقي عليه درهم، وكذا إذا كان المسروق منه هو المكاتب قد رد السارق المسروق على مولى المكاتب لا يقطع، لأن للمولى حق الملك في المسروق.

ولو كان للمردود عليه شبهة الملك في المسروق لا يقطع السارق، فإذا كان له حق الملك في المسروق أولى فإن رد المسروق على من يعول المسروق منه فلا قطع، لأن يد الذي يعوله بمنزلة يده من وجه في الأمانات حتىٰ إن المودع إذا رفع الوديعة إلى من يعوله لا يضمن قيل هذا الاستحسان. والقياس: أن يقطع.

والأشبه أن هذا قياس واستحسان، لأن صاحب العيال هو الذي يقبض لهم وهنا كلمة لم يتضح معناها عليهم، فصار يد الذي يعوله فوق أيديهم في حال صاحب العيال، فامتنع القطع قياساً واستحساناً.

رجل سرق من جوز خابيان فرفع إلى قاضي بلخ فله أن يقطعه، لأن جوز خابيان وبلخ في الأصل من عمل رجل واحد، فإن كل واحد منهما من عمل والي خراسان، فالسرقة وجدت في موضع كانت الولاية فيه لوالي خراسان، فإن علت رجال على جوزجانان من أهل البغي من غير تقليد من جهة والي خراسان لم يكن لقاضي بلخ أن يقيم، لأن السرقة وجدت في موضع ليس في ولاية والي خراسان، وهو نظير ما لو سرق في خوارزم فرفع إلى قاضي بلخ.

رجل سرق مائة وقطع فيها وردت المائة على صاحبها، فسرقها ثانياً مع مائة أخرىٰ مخلوطة أو غير مخلوطة قطع، لأجل المائة الأخرىٰ التي لم يسرقها في الكرة الأولىٰ.

المدعىٰ عليه [١٥أ/ ٢] السرقة إذا أنكر السرقة حكي عن الفقيه أبي بكر الأعمش رحمه الله: أن القاضي يعمل فيه بأكثر رأيه، فإن كان في أكثر رأيه أنه سارق وأن المال عنده عذبه ويجوز له ذلك.

ألا ترىٰ أن إراقة الدم بأكثر الرأي تجوز، حتىٰ إن من دخل في بيت رجل شاهراً سلاحه ووقع في قلبه أنه أتىٰ ليقتله كان له أن يقتله وعامة المشايخ على أن القاضي يعزره، لأنه وجد في موضع التهمة، والإنسان يعزر، لأجل التهمة، ألا ترىٰ لو رآه يمشي مع السراق يعزره، وكذا لو رآه جالساً مع الفساق في مجلس الشرب يعزره، وإن كان هو لا يشرب فكذا ههنا يعزره الإمام. وفي جملة ما يعزره يأمره بإخراج المال.

وفي «العيون»: رجل أدعىٰ على آخر سرقة وقدمه إلى السلطان وطلب من السلطان أن يضربه حتى يقر بالسرقة فضربه مرة أو مرتين ثم أعيد إلى السجن من غير تعذيب، فخاف المحبوس من التعذيب والضرب فصعد السطح ليفر، فسقط من السطح فمات، وقد كان لحقه غرامة في هذه الحادثة، وظهرت السرقة على يدي غيره كان للورثة أن يأخذوا صاحب السرقة بدية أبيهم، وبالغرامة التي أدىٰ إلى السلطان، لأن الكل حصل بتسببه وهو متعدي في هذا التسبيب.

قيل: هذا الجواب مستقيم في الغرامة التي أصله مسألة السعاية غير مستقيم في الدية، لأنه صعد السطح باختياره.

وقيل: هو مستقيم في الكل لأنه مكره على صعود السطح للفرار معنى، لأنه إنما قصد الفرار خوفاً على نفسه من الضرب فكان مكرهاً. وهذا الخوف نتيجة تسبيب المدعي وصيرورته مكرهاً نتيجة الخوف، فكان مضافاً إلى تسبيبه من هذا الوجه.

وفي «الفتاوى»: رجل خرج قاطعاً الطريق على أن يسلب أمتعة الناس ويقتلهم، إن استقبلوه فاستقلله الناس فاقتتلوا فقتلوه لا شيء عليهم، لأنهم قتلوه لأجل مالهم.

فإن فر من هؤلاء، فإن بلغوه موضعاً لو تركوه لم يقدر على قطع الطريق عليهم ثم قتلوه كان عليهم الدية، لأنهم ما قتلوه لأجل مالهم.

وفي «المنتقىٰ»: رجل سرق جلود السباع المدبوغة قيمتها مائة: لا يقطع، فلو جعلت مصلاً أو بساطاً يقطع، لأنه بهذه الصنعة يخرج من أن يكون جلود السباع، لأنها أخذت اسماً آخر.

اختلف المشايخ في القبر إذا كان في بيت مقفل فنبش إنسان الكفن أو سرق مالاً آخر من ذلك البيت، وكذلك اختلفوا فيما إذا أخذ الكفن من تابوت في القافلة، ولم يأخذ شيئاً آخر قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: الأصح عندي أنه لا قطع في الفصول كلها.

وإذا ثبتت السرقة في الحر الشديد أو في البرد الشديد الذي يتخوف عليه الموت إن قطع حبس حتى ينكسر الحر والبرد، وإن كان لا يخاف عليه الموت يقطع في الحال، وإن حبس فمات في الحبس كانت السرقة ديناً في تركته.

أخذ قاطع الطريق ويده اليسرىٰ شلاء لم يقطع منه شيء عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وقتل أو صلب وإن كان يده اليمنى مقطوعة أو شلاء قطع رجله اليسرىٰ عنده، ثم قتل أو صلب.

وإن قطعوا الطريق على تجار المسلمين في دار الحرب، أو في دار الإسلام في موضع غلب عليه أهل البغي لا يقام عليهم الحد.

وإذا قضي عليه بالقتل والقطع وحبس لذلك فجاء إنسان وقتله أو قطع يده فلا شيء عليه، ويتمم الإمام الحد فيما إذا قطع يده.

وإذا قطعوا الطريق في دار الإسلام على قوم مستأمنين من أهل الحرب لا يقام عليهم الحد، ولكن يضمنون المال ودية القتل.

وإذا قطعوا الطريق على قافلة عظيمة فيها مسلمون ومستأمنون إن وقع القتل وأخذ المال بأهل الحرب خاصة لا يقام عليهم حد قطاع الطريق، وإن وقع القتل وأخذ المال بالمسلمين والمستأمنين يقام عليهم الحد، بخلاف ما إذا كان في القافلة ذو رحم محرم من أحد القطاع، فإن هناك لا يقام عليهم القطع على كل حال.

وإذا حبس الإمام رجلاً منهم قطع الطريق فقتله رجل قبل أن يثبت عليه شيء ثم قامت البينة على فعله، وجب القصاص على القاتل، قال: إلا إذا كان القاتل ولي المقتول الذي قتله، هذا في قطع الطريق فحينئذٍ لا يَلْزمه القود.

وفي «القدوري»: إذا أقر فقال سرقت هذه الدراهم فلا أدري لمن هي، أو قال لا أعرف صاحبها لم يقطع، لأنه أقر للمجهول. والإقرار للمجهول. باطل، فلا يتعلق به حكم.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: فيمن ادعىٰ على آخر سرقة، وأنكر المدعىٰ عليه يستحلف، فإن نكل يقضىٰ عليه بالمال، ولا يقضىٰ عليه بالقطع، والله تعالىٰ أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

تم كتاب السرقة بحمد الله وحسن توفيقه وصلى الله على سيدنا محمد وآله أجمعين وأشياعه أكتعين[١] وحسبنا الله ونعم الوكيل.

(١) أكتع وأكتعون كأجمع وأجمعون، وهي من ألفاظ التوكيد، يقال: جاؤوا كلهم أجمعون أكتعون أبصعون أبتعون. إتباعات لأجمعين لا يجئن إلا على أثرها.

فهرس المحتويات

كتاب العتاق

كتاب المكاتب

كتاب الولاء

كتاب الأيمان والنذور

كتاب الحدود

كتاب السرقة